

А. С. ЗВОНИЦКІЙ.

О ЗАЛОГЪ

ПО РУССКОМУ ПРАВУ.

Nicht der Wille oder die Macht
bildet die Substanz des Rechts, sondern
der Nutzen. Jhering, Geist, B. III, S. 350.

УДОСТОЕНО ЗОЛОТОЙ МЕДАЛИ УНИВЕРСИТЕТА СВ. ВЛАДИМИРА.

Издание Книжнаго Магазина
Н. Я. ОГЛОБЛИНА.
Кіевъ, Крещатикъ 33. С.-Петербургъ, Екатерининская 4.
Кіевъ, 1912 г.



2004175487

КІЕВЪ.
Типографія С. Г. Слюсаревскаго, Институтская 14.
1911.

Посвящаю моею горячо-любимой ма-
тери, воспитательнице и сестре

Еларь Самойловна Званцовой.

Предисловіе.

Право залога давно уже привлекаетъ усиленное вниманіе изслѣдователей. Едва-ли можно отрицать, что залогъ составляетъ одну изъ важнѣйшихъ отраслей какъ въ теоріи гражданскаго права, такъ и въ исторіи его. Находясь на границѣ между правами на вещь и правами обязательственными, заключая въ себѣ и отношенія непосредственной власти лица надъ вещью, и отношенія личной обязанности между двумя контрагентами, юридическая природа залога представляла значительныя трудности для всѣхъ теоретическихъ системъ. Этотъ сложный институтъ часто былъ камнемъ преткновенія разныхъ цивилистическихъ теорій, и не менѣе часто служилъ исходнымъ пунктомъ для новыхъ теоретическихъ попытокъ. Къ этой причинѣ, побуждающей относиться съ особымъ вниманіемъ къ залоговому праву, присоединяется его практическая важность для юриста. Нормы, касающіяся залога, занимаютъ не только во всѣхъ практическихъ руководствахъ, но и во всѣхъ кодексахъ одно изъ первыхъ мѣстъ; и это со-

вершено естественно, въ виду того громаднаго значенія, которымъ пользуется залогъ въ жителскомъ оборотѣ.

Историческое изученіе залогового права также представляетъ значительный интересъ. Историческія формы залога отличаются крайнимъ разнообразіемъ, колеблясь между куплей-продажей, осложненной правомъ обратнаго выкупа, и акцессорной сдѣлкой о дополнительномъ обезпеченіи требованія извѣстнымъ имуществомъ. Вслѣдствіе такой огромной амплитуды колебаній съ одной стороны, вслѣдствіе роли залога въ экономич. быту съ другой стороны, формы залога всегда составляли одинъ изъ наиболѣе чувствительныхъ пунктовъ праворазвитія, одинъ изъ тѣхъ пунктовъ, которые всего сильнѣе отражаютъ ходъ экономической эволюціи въ данной общественной средѣ. Съ этой точки зрѣнія развитіе залога представляетъ интересъ не только для историка права, но также для историка хозяйственной жизни.

Настоящая работа озаглавлена: „О залогѣ по *русскому* праву“. По своему содержанію она распадается на двѣ главныя части: историческую и догматическую. Въ исторической части, обнимающей первыя три главы, заключается попытка прослѣдить историческія судьбы залога въ Россіи, возстановить наше залоговое право прошлаго. Къ сожалѣнію, крайняя скудость сохранившихся памятниковъ не позволила выполнить эту задачу со всей той обстоятельностью,

которая была-бы желательна, и заставила ограничиться только важнѣйшими, наиболѣе яркими ступенями развитія. Прослѣдить эти важнѣйшія ступени въ связи съ экономическими условіями, вызывавшими ихъ къ жизни,—такова цѣль первыхъ трехъ главъ. Само собою понятно, что въ нашемъ обширномъ отечествѣ на протяженіи нѣсколькихъ вѣковъ развитія залогового права экономическая эволюція не могла идти вездѣ одинаковымъ темпомъ. Однѣ и тѣ-же стадіи переживались въ разное время различными мѣстностями; нѣкоторыя мѣстныя особенности, главнымъ образомъ въ сѣверо-западныхъ торговыхъ центрахъ, Новгородѣ и Псковѣ, нигдѣ больше не повторялись въ русской исторіи. Отсюда происходятъ и различія въ формахъ залога. Быть можетъ, именно этими различіями объясняется параллельное существованіе въ наше время пяти разныхъ теорій о сущности древне-русскаго залога — Мейера, Дювернуа, Кассо, Удинцева и Базанова.

Въ концѣ третьей главы помѣщенъ общій обзоръ развитія русскаго залогового права. Составляя итогъ предшествующаго изложенія, онъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, можетъ оказаться удобнымъ для тѣхъ читателей, которые интересуются залогомъ преимущественно съ практической точки зрѣнія и не расположены знакомиться подробно съ его исторіей. По тѣмъ-же соображеніямъ помѣщены соотвѣтственныя ссылки въ догматической части.

Догматическая часть, обнимающая послѣднія четыре главы, заключаетъ обзоръ дѣйствующаго законодательства о залогѣ, попытку свести и истолковать наше залоговое право настоящаго. Эта задача встрѣчаетъ прежде всего техническое затрудненіе въ крайней разбросанности нормъ нашего некодифицированнаго закона. Въ литературѣ стремленіе къ сводкѣ *всего* дѣйствующаго законодательства по интересующему насъ вопросу также представлено довольно слабо. За исключеніемъ труда Гантовера и главы „объ обеспеченіи обязательствъ“ въ третьемъ томѣ „Системы“ Анненкова, можно назвать лишь составителей проекта Гражданскаго Уложенія, которые въ объясненіяхъ къ V^ю-му раздѣлу III-ей книги собирали *ex officio* всѣ правила, касающіяся залога и заклада. Съ другой стороны, истолкованіе дѣйствующаго залогового права затрудняется тѣмъ, что нашъ залогъ, по единогласному признанію изслѣдователей, находится въ настоящее время въ періодѣ развитія и составляетъ институтъ, далеко еще не установившійся. Поэтому, при разрѣшеніи отдѣльныхъ практическихъ вопросовъ, не предусмотрѣнныхъ буквой дѣйствующаго закона, приходилось имѣть въ виду не только „общій духъ и смыслъ законовъ“, но также тенденціи ихъ развитія.

Какъ въ исторической, такъ и въ догматической части характеръ вопроса вызвалъ необходимость извѣстныхъ отступленій. Въ исторической части приходилось считаться съ тѣмъ фактомъ, что нѣкоторыя теоріи развитія древне-

русскаго залога основаны въ значительной мѣрѣ на апріорномъ предположеніи о космополитизмѣ историческихъ формъ залогового права. Поэтому, было-бы невозможно отдать себѣ полный отчетъ въ значеніи и степени правильности этихъ теорій безъ параллели съ эволюціей залога въ римскомъ и германскомъ правѣ. Эта параллель въ самыхъ общихъ, эскизныхъ чертахъ приведена въ 3-ей главѣ. Въ догматической части оказалось необходимымъ выдѣлить вопросъ о юридической природѣ современнаго залогового права. Ни въ русской литературѣ, ни въ западно-европейской мнѣ не удалось найти исчерпывающаго отвѣта на этотъ вопросъ. Ограничивать его разсмотрѣніе предѣлами русскаго права едва-ли возможно, такъ какъ, съ одной стороны, полученный такимъ образомъ выводъ имѣлъ-бы слишкомъ узкое значеніе, а съ другой стороны въ нашемъ законѣ теоретическія начала, какъ извѣстно, выражены весьма слабо. Поэтому, 4-я глава, посвященная данному вопросу, изложена въ общей теоретической формѣ, и только выводы каждый разъ немедленно провѣряются на нормахъ нашего отечественнаго права.

Оглавление.

Глава первая. Возникновение залога въ русскомъ правѣ.

Стр.

Характеръ кредита въ современномъ хозяйствѣ. Противоположныя условія въ древности. Вопросъ объ объектѣ взысканія по древнему праву. Взысканіе въ Русской Правдѣ. Ограниченіе размѣровъ личнаго взысканія по Псковской Судной Грамотѣ (30-я ст.). Необходимость въ перенесеніи взысканія на имущество. Возникновение залога - поручительства. Слѣды этой формы въ позднѣйшихъ актахъ. „Подписка въ вѣрѣ“. Аналогичныя условія въ московскомъ правѣ. Вопросъ о залоговомъ характерѣ поручительной формы (возраженія Мейера)

1 — 32

Глава вторая. Развитие залога до 17-го вѣка.

Важность института залога въ практикѣ. Внутреннее различіе между поручительствомъ и залогомъ. Вліяніе этого различія на дальнѣйшее развитіе залога. „Земныя куны“. Вопросъ объ ограниченіи залогового взысканія по 31-ой статьѣ Псковской Судной Грамоты. Ограниченіе залогового взысканія по 104-ой статьѣ. Взглядъ на залогъ, какъ на обязательство вещи. Небезпеченность кредиторовъ. Сдѣлки, воспреещающія должнику отчужденіе и дальнѣйшій залогъ заложеннаго имущества. Очистка. Передача кредитору актовъ на имущество. Недостаточность этой мѣры. Необхо-

димость передачи кредитору самого имущества. Вліяніе крѣпостного права на развитие залога съ передачей владѣнія. Акты о залогѣ въ 15-омъ и 16-омъ вѣкахъ (распредѣленіе залоговъ съ передачей и безъ передачи владѣнія). Взгляды на древне-русскій залогъ у Неволіна. Теорія Мейера. Разборъ теоріи Мейера: 1) необязательность передачи владѣнія; 2) передача пользованія „за ростъ“; 3) полная недоказанность передачи распоряженія. Значеніе формулы „за ростъ пахати (косити)“. Залогъ на неопредѣленное время („до кунъ“). Теорія Кассо о присвоеніи въ случаѣ просрочки, какъ характерной чертѣ древне-русскаго залога. Указанія памятниковъ на иные способы ликвидаціи залоговыхъ отношеній. Эволюція залога по теоріи проф. Базанова. Разборъ этой теоріи

Глава третья. Залогъ въ правѣ 17-го и 18-го вѣковъ.

Экономическій кризисъ въ концѣ 16 вѣка и въ началѣ 17-го. Вліяніе его на развитие залога. Акты залога въ 17-омъ вѣкѣ. Господство условія о правѣ залогодержателя присвоить заложенный объектъ въ случаѣ просрочки. Ст. 196 главы X Уложенія царя Алексѣя Михайловича. Споръ о значеніи этой статьи. Устойчивость болѣе раннихъ формъ залога на сѣверной и сѣверо-восточной окраинахъ. Слабое распространеніе этихъ формъ въ 17 вѣкѣ. Значеніе условія о просрочкѣ для дальнѣйшей эволюціи залога безъ передачи владѣнія. Значеніе аго для дальнѣйшей эволюціи залога съ передачей владѣнія. „Залогъ-отчужденіе“. Сопоставленіе этой формы школоу Мейера съ развитіемъ залога на западѣ. Споръ германистовъ объ отчуждательномъ характерѣ *ältere Satzung*. Значеніе *Gewere* въ древнегерманскомъ правѣ. Переходъ *Gewere* при *ältere Satzung* къ залогодержателю. Попытки разграниченія *ältere Satzung* и *Kauf auf Wiederkauf* по другимъ признакамъ. Аналогичныя *ältere Satzung* явленія въ ланго-

бардскомъ и французскомъ средневѣковомъ правѣ. Различіе между этими залоговыми формами и римскими (*fiducia* и *pignus*). Вопросъ о сравнительной древности *ältere* и *neuere* *Satzung*; вліяніе феодализма на развитіе залогового права. Различіе экономическихъ условий въ древнѣйшую эпоху исторіи Рима, въ средневѣковой Германіи и въ древней Руси. Значеніе потребительнаго или производительнаго характера кредита для характера залоговой сдѣлки. Ранняя связь залога съ производительнымъ кредитомъ на Руси. Вліяніе этой связи на дальнѣйшее развитіе залога. Отсутствие передачи права собственности въ „залогъ-отчужденіи“ 17-го вѣка. Маскированіе этимъ залогомъ дѣйствительнаго отчужденія. Распаденіе „залога-отчужденія“, какъ института, въ связи съ использованиемъ его для маскированія другихъ сдѣлокъ. Преобладающее развитіе залога безъ передачи владѣнія. Законодательство о залогѣ въ 18 вѣкѣ (до банкротскаго устава). Итоги эволюціи русскаго залогового права

Стр.

106 — 172

Глава четвертая. Понятіе о залоговомъ правѣ въ современной юриспруденціи.

Трудность задачи. Споры о природѣ залогового права. Взглядъ на залогъ, какъ на обязательство вещи. Теорія залога, какъ вещнаго права. Отсутствие у залогодержателя непосредственной власти надъ вещью. „Вещная“ теорія въ примѣненіи къ закладу правъ. Теорія вещнаго права на заложенное требованіе. Теорія заклада требованій, какъ залога будущихъ вещей (предметовъ долга). Закладъ требованій въ русскомъ правѣ. Невозможность вещнаго права при закладѣ требованій. Теорія залогового права въ „собственномъ“ и „не собственномъ“ смыслѣ. Цессіонныя теоріи заклада требованій: 1) теорія условной цессіи, 2) теорія ограниченной цессіи, 3) теорія сингулярнаго преемства. Положеніе вопроса въ русскомъ правѣ. Попытки созданія единаго понятія о залогѣ. Классификація правъ на

абсолютныя и относительныя, предложенная Л. А. Кассо въ примѣненіи къ залогу. Теорія Бремера о залогѣ, какъ „правѣ на право“. Неудовлетворительность всѣхъ этихъ попытокъ. Право и интересъ (взгляды Іеринга). Значеніе теоріи цѣнности для права. Классификація понятія о цѣнности въ экономической наукѣ. Способность производительной и мѣновой цѣнности къ объективаци и ея значеніе для науки права. Мѣсто залога въ правѣ примѣнительно къ классификаціи цѣнности. Воззрѣнія на залогъ у Зома. Критики Зома. Залогъ, какъ право на мѣновую цѣнность. Количественная опредѣленность той мѣновой цѣнности, на которую предоставляется право залогодержателю. Опредѣленность ея въ отношеніи порядка. Вопросъ объ аксессуарности залога. Условный характеръ осуществленія залогового права. Опредѣленіе залога. Взглядъ на залогъ въ дѣйствующемъ законодательствѣ и въ практикѣ Правительствующаго Сената . . .

173 — 249

Глава пятая. Установленіе залогового права (по дѣйствующему русскому праву).

Залогъ добровольный и принудительный. Вопросъ о законномъ залогѣ по русскому праву. Отсутствіе въ нашемъ законѣ постановленій о завѣщательномъ залогѣ. Три главныхъ вида договорнаго залога въ нашемъ правѣ. Залогъ ꙗвъ обезпеченіе срочнаго займа. Залогъ, обезпечивающій иныя отношенія (Cautionshypothek). Залогъ съ неустоечнымъ характеромъ. Объектъ залога по русскому праву. Вопросъ о залогѣ имущества, состоящихъ въ possessiонномъ и чиншевомъ владѣніи. Залогъ крестьянскихъ надѣльныхъ земель. Залогъ недвижимыхъ имущества, принадлежащихъ городамъ и земствамъ. Объекты заклада движимыхъ вещей. Закладъ принадлежностей недвижимаго имущества въ качествѣ отдѣльныхъ движимыхъ вещей. Закладъ составныхъ объектовъ. Закладъ акцій и процентныхъ бумагъ. Закладъ долговыхъ требованій. Закладъ залогового права. Закладъ наличныхъ денегъ.

Субъектъ залоговой сдѣлки. „Залогъ чужого имущества“ по договорамъ съ казною. Право пожизненнаго владѣльца на залогъ имущества. Принципъ публичности въ нашемъ правѣ. Бодмерея. Закладъ правъ. Лица, могущія принимать въ залогъ. Формальный порядокъ установленія залога	Стр. 250— 310
---	------------------

Глава шестая. Дѣйствіе залогового права по дѣйствующему русскому праву.

Существованіе правъ разныхъ лицъ на одинъ объектъ въ теченіе дѣйствія залога. Права залогодателя на владѣніе и пользованіе заложеннымъ имуществомъ. Пользованіе, связанное съ амортизаціей. Пользованіе правами по заложенному имуществу. Права залогодателя на распоряженіе заложеннымъ имуществомъ. Право послѣдующаго залога. Право отчужденія. Распоряженіе частями заложеннаго имущества. Права залогодателя по отношенію къ третьимъ лицамъ. Права залогодержателя. Владѣніе и пользованіе. Вопросъ о правахъ и обязанностяхъ временнаго владѣльца. Права залогодержателя на распоряженіе заложеннымъ имуществомъ. Передача залогового права. Вмѣшательство въ дѣйствія собственника, обезцѣнивающія заложенное имущество. Отношенія залогодержателя къ третьимъ лицамъ. Взаимныя отношенія нѣсколькихъ залогодержателей. Принципъ старшинства по времени. Сдѣлки о старшинствѣ. Взаимныя отношенія залогодержателей при взысканіи. Черемѣщеніе ранга при погашеніи одной изъ закладныхъ. Права третьихъ лицъ на заложенное имущество

311 — 357

Глава седьмая. Прекращеніе залогового права (по дѣйствующему русскому праву).

Способы прекращенія залогового права. Исполненіе обеспеченнаго обязательства. Моментъ прекращенія при снятіи залогового обремененія. Прекращеніе путемъ взысканія. Поводы для взысканія. Порядокъ взысканія. Предѣлы взысканія (ограниченная отвѣтствен-

ность залогодателя). Поручительство при за- логѣ. Прекращеніе залога путемъ уничтоже- нія заложенаго объекта. „Превращенія“ зало- гового права. Сохраненіе силы залогового права при публичной продажѣ имѣнія по тре- бованію посторонняго взыскателя.	Стр. 358 — 386
Списокъ источниковъ	387 — 401

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Возникновеніе залога въ русскомъ правѣ.

Характеръ кредита въ современномъ хозяйствѣ. Противоположныя условія въ древности. Вопросъ объ объектѣ взысканія по древнему праву. Взысканіе въ Русской Правдѣ. Ограниченіе размѣровъ личнаго взысканія по Псковской Судной Грамотѣ (30-я ст.). Необходимость въ перенесеніи взысканія на имущество. Возникновеніе залога-поручительства. Слѣды этой формы въ позднѣйшихъ актахъ. „Подписка въ вѣрѣ“. Аналогичныя условія въ московскомъ правѣ. Вопросъ о залоговомъ характерѣ поручительной формы (возраженія Мейера).

Одною изъ характернѣйшихъ особенностей современнаго экономическаго строя является чрезвычайно широкое развитіе кредитнаго хозяйства. Экономисты въ одинъ голосъ отмѣчаютъ, что кредитъ является главнымъ средствомъ и однимъ изъ главныхъ двигателей современнаго рыночнаго обмѣна, и Маклеодъ даже сравниваетъ кредитъ съ силою пара ¹⁾. Если мы обратимся къ фактамъ повседневной жизни, то мы увидимъ, что въ огромномъ большинствѣ случаевъ собственный капиталъ составляетъ лишь незначительную часть тѣхъ

¹⁾ Маклеодъ, Основанія Политической Экономіи, стр. 256 и 293.

цѣнностей, которыя обращаются въ данномъ предпріятіи. Для большинства капиталистовъ собственный капиталъ представляетъ лишь центръ тяжести, точку опоры, помогающую балансировать въ затруднительныхъ положеніяхъ, фондъ для предупрежденія краха при дефицитахъ; а вокругъ этого центра тяжести происходятъ громадныя обороты, развиваются обширнѣйшія дѣла, построенныя почти цѣликомъ на кредитѣ.

Но всматриваясь глубже въ эти отношенія, мы замѣтимъ одно явленіе, еще болѣе характерное для развитого рыночнаго хозяйства: кредитъ каждаго лица находится въ прямой пропорціи не къ его собственному состоянію, а исключительно къ размѣрамъ его предпринимательской дѣятельности ¹⁾. Каждый изъ насъ, конечно, наблюдалъ въ жизни случаи, когда лица, не располагавшія особенно большими капиталами, пользовались, тѣмъ не менѣе, огромнымъ кредитомъ только на томъ основаніи, что у нихъ „большія дѣла“; но особенно ярко сказывается эта непропорціональность оборота собственному капиталу въ отчетахъ акціонерныхъ компаній, гдѣ, съ одной стороны, оба элемента опредѣляются точными цифрами, и, съ другой стороны, въ значительной мѣрѣ устраняется элементъ личнаго довѣрія. Если мы обратимся къ даннымъ за 1906 годъ по 40-а ипотечнымъ банкамъ Германіи ²⁾ то отношеніе между закладными листами, представляющими главные долги банка, и собственнымъ его паевымъ капиталомъ выразится слѣдующими цифрами.

¹⁾ Къ сожалѣнію, вопросъ этотъ очень мало разработанъ въ специальной экономической литературѣ. Поэтому, я вынужденъ остановиться на немъ нѣсколько подробнѣе, нежели это, вообще, необходимо для юриста.

²⁾ „Deutscher Oekonomist“ за 1906 годъ, стр. 473 и сл.

Название банка.	Заглади. листы (въ тысячахъ марокъ).	Акционерн. капиталъ (въ тыс. марокъ).	Отношеніе.
1. Bayerische Hypotheken-und Wechselbank	888 292	49 286	18,0
2. Preuss. Zentral-Bodencredit-Aktien- ges.	702 149	35 946	19,5
3. Deutsche Hypothekenbank (Mei- ningen)	413 606	22 624	18,3
4. Hypothekenbank (Hamburg)	410 128	24 000	17,1
5. Süddeut. Bodencredit-Aktien-Bank.	401 006	24 000	16,7
6. Rheinische Hypothekenbank (Man- nheim)	387 850	18 000	21,5
7. Frankfurter Hypothekenbank	382 279	18 000	21,2
8. Bayerische Vereinsbank	330 066	37 500	8,8
9. Schlesische Bodencredit-Aktien- Bank	317 319	20 400	15,5
10. Pfälzische Hypothekenbank	314 705	16 000	19,7
11. Preuss. Bodencredit-Aktien- Bank	290 513	30 000	9,9
12. Preuss. Hypotheken-Aktien- Bank	269 690	50 599	5,3
13. Vereinsbank (Nürnberg)	251 532	15 000	16,7
14. Preuss. Pfandbriefbank	245 480	18 000	13,6
15. Frankfurter Hypotheken-Kredit- Verein	227 803	12 000	18,9
16. Bayerische Handelsbank	215 591	27 172	7,9
17. Deutsche Grundkredit-Bank (Gotha)	184 844	15 000	12,3
18. Rheinisch-Westphälische Boden- kredit-Bank	178 665	13 918	12,9
19. Braunschw.-Hannov. Hypotheken- bank	156 421	10 200	15,3
20. Deutsche Hypothekenbank (Berlin)	155 894	12 000	12,8
21. Württembergische Hypotheken- bank	152 375	11 000	13,9
22. Akt.-Ges. für Boden-und Kommu- nalkredit	141 556	7 200	19,6

23. Berliner Hypothekenbank-Aktien-Gesellsch.	126 343	16 500	7,7
24. Bayerische Bodenkredit-Anstalt	117 848	7 500	15,6
25. Leipziger Hypothekenbank	115 344	10 000	11,5
26. Sächsische Bodenkredit-Anstalt	105 127	10 000	10,5
27. Mecklenburger Hypotheken- und Wechselbank	98 703	9 000	10,9
28. Westdeutsche Bodenkredit-Anstalt	77 107	8 000	9,6
29. Norddeutsche Grundkredit-Bank	61 164	7 500	8,1
30. Mitteldutsche Bodenkredit-Anstalt	54 981	7 500	7,3
31. Schwarzburger Hypothekenbank	29 811	2 750	10,8
32. Hannoversche Bodenkredit-Bank	26 693	2 000	13,3
33. Hessische Landes-Hypothekenbank	26 144	9 000	2,9
34. Württembergische Vereinsbank	24 516	18 000	1,3
35. Kommunalbank d. Königr. Sachsen	20 365	2 250	9,5
36. Allgemeine Deutsche Kred.-Anst. (Leipzig)	16 428	75 000	0,2
37. Mecklenburg-Strelitzer Hypothekenbank	14 706	1 165	12,7
38. Anhalt-Dessauer Landesbank	4 020	9 000	0,5
39. Landwirtschaftliche Kreditbank	3 812	795	4,8
40. Grundkreditbank (Königsberg)	3 531	600	5,9

Непропорциональность поразительная. Въ однихъ случаяхъ задолженность банка едва достигаетъ 0,2—0,5 собственного капитала, а въ другихъ превышаетъ его въ 20 разъ. То же самое явление мы замѣтимъ и въ нашихъ русскихъ банкахъ, какъ земельныхъ, такъ еще болѣе промышленныхъ ¹⁾.

¹⁾ Цыфры этой таблицы, какъ и слѣдующей, извлечены изъ балансовъ, приложенныхъ къ Вѣст. Финансовъ за 1910 г.

I. Земельные банки.

	Скл. и зап. кап. въ р.	Заклад. листовъ.	От- нош.
Бессараб.-Таврич.	11 918 761,50	113 501 500	9,5
Виленскій.	14 437 500,00	138 779 000	9,6
Донской.	8 599 195,83	83 819 100	9,7
Кіевскій.	9 419 473,33	89 712 900	9,5
Московскій.	19 025 400,08	159 706 900	8,4
Нижегородско-Самарскій.	7 489 784,00	69 508 425	9,3
Тифлисскій.	1 565 290,74	39 098 800	24,9
Ярославско-Костромской.	3 196 421,76	29 154 600	9,1

II. Торгово-промышленные банки.

	Собств. капиталь.	Долги.	Отнош.
Азовско-Донской	29 647 227,48	176 147 483,37	5,9
Балтійскій Торгово- Промышлен.	1 000 000	2 568 046,35	2,5
Бѣлостокскій Коммерч.	1 070 000	3 965 996,17	3,7
Варшавскій Коммерч.	17 926 699,56	80 264 597,46	4,5
Варшавскій Учетный.	6 040 000	17 835 037,34	3,0
Виленск. Частный Коммерческій.	2 288 580	15 663 420,04	6,9
Волжско-Камскій	23 062 593,08	226 548 425,84	9,8
Воронежскій Ком- мерческій.	1 015 475,45	6 954 354,00	6,9
Казанскій Купеческ.	1 385 176,83	4 862 250,54	3,5
Кіевск. Частн. Ком.	2 500 000,00	7 850 309,64	3,1
Лодзинскій Торгов.	7 640 000,00	29 178 352,70	3,7
Москов. Купеческій	16 946 439,85	145 825 725,18	8,6
Московскій-Торговый	7 500 000,00	36 594 765,31	4,9
Московскій Учетный	5 230 170,63	41 665 546,47	8,0
Нижегород. Купеч.	979 539,51	4 149 668,67	4,2
Одесскій Учетный	2 000 000,00	22 293 802,68	11,1
Орловск. Коммерч.	7 570 040,10	37 259 886,42	5,0
Псковск. Коммерч.	1 548 604,28	9 805 025,98	6,3
Рижскій Биржевой	5 656 456,36	17 129 519,98	3,0
Рижск. Город. Учетн.	2 063 536,37	15 180 113,20	7,3

Рижскій Коммерческ.	6 084 816,18	37 026 329,30	6,1
Ростовскій Купеч.	594 200,00	1 642 173,41	2,8
Ростовскій Сельско- Хоз. и Промышл.	3 111 387,51	1 148 376,85	0,4
Русскій для Внѣшней Торговли	35 835 078,84	275 991 629,76	7,7
Русск. Торг.-Пром.	17 445 878,59	107 987 925,35	6,2
Русско-Китайскій	21 533 716,29	45 009 275,58	2,1
Самарск. Купеческ.	2 500 000,00	3 447 696,87	1,4
С.-Пет. Междунар.	36 845 528,38	205 583 830,53	5,6
С.-Пет. Уч. и Ссудн.	13 333 333,34	99 299 347,41	7,4
С.-Пет. Частн. Ком.	8 073 718,24	22 703 607,77	2,8
Сибирскій Торгов.	12 000 000,00	80 433 577,97	6,7
Соединенный	7 500 000,00	101 637 621,76	13,5
Средне-Азиатск. Ком.	651 612,81	346 507,35	0,5
Сѣверный	26 582 655,60	160 872 476,01	6,0
Тифлиссскій Ком.	3 000 000,00	22 792 133,44	7,6
Южно-Русск. Пром.	5 964 378,87	26 763 184,34	4,5

Не только банки, занятые специально организацией кредита, но и чисто промышленныя предпріятія представляют ту же картину. Для примѣра приведемъ цифры капитала и долговъ по нѣкоторымъ сахарнымъ, нефтянымъ и горно-промышленнымъ компаніямъ.

I. Сахарныя товарищества.

	Собств. ка- питаль.	Долги.	Отн. въ процен.
Тов. Александровск.	19 710 687,45	10 799 032,92	55 ⁰ / ₀
Тов. Бр. Терещенко	11 276 055,97	10 905 721,21	97 „
Тов. Кальник. завода	1 436 976,58	2 010 321,78	140 „
Тов. Кашперов. зав.	1 165 128,83	2 674 560,85	229 „
Тов. Красноселк. зав.	866 265,36	1 051 907,84	122 „
Тов. Маловисков. зав.	1 042 491,46	2 032 163,42	196 „
Тов. Марьинск. зав.	3 109 277,20	2 549 295,35	82 „
Тов. Одесскаго зав.	1 546 698,29	3 298 048,14	213 „
Тов. Завода „Собъ“	957 825,45	1 956 055,86	205 „
Тов. Завода „Ско- морошки“	1 295 831,95	1 292 574,53	100 „

Тов. Томашпольска- го завода	1 350 654,92	484 342,93	36%
Тов. Тростянецк. зав.	2 922 735,67	4 902 984,43	168 „
Тов. Ходорковск. зав.	2 052 373,61	1 520 573,67	74 „

II. Нефтяныя товарищества.

Акц. Общ. Нефтян. Продуктовъ	645 000,00	28 725,68	4%
Тов. Бр. Меркульев.	1 374 457,58	4 066 874,51	296 „
Тов. Бр. Нобель	34 068 844,50	108 590 872,94	318 „
Каспійское Т-во	7 208 374,59	9 877 210,38	136 „
Т-во Мазуть	12 904 859,30	45 459 891,10	385 „
Т-во „Нефть“	3 640 465,47	4 828 346,57	133 „

III. Горнопромышленныя товарищества.

Акц. О-во Алексан- дро - Дмитриев- скихъ камен- ноугольныхъ копей	800 000,00	115 468,37	24%
Акц. О-во „Руда Маленецка“	457 781,06	473 247,91	103 „
Акц. О-во Сосно- новицк. заводовъ	10 225 142,02	1 732 586,62	16 „
Алексѣевское Гор- нопромышлен- ное Общество	7 496 968,39	14 535 958,45	194 „
Анонимное Об-во металлургич. промышленности	1 538 469,36	2 410 383,25	157 „
Донецкое Общество железодѣлатель- ныхъ и сталеле- тейныхъ заводовъ	12 362 139,26	6 422 430,68	52 „
О-во Домбровскихъ каменноуголь- ныхъ копей	7 190 995,71	3 792 520,25	53 „
О-во каменноуголь- ныхъ копей, руд- никовъ и заво- довъ въ Сосно- вицахъ	11 328 441,08	16 878 758,55	149 „

О-во Криворог. рудн.	18 015 513,25	4 448 721,46	25%
О-во Кыштымских горн. зав.	7 503 513,93	12 943 102,22	173 „
О-во „Русскій Про- видансь“	14 662 375,00	4 034 648,16	28 „
Русско-Бельгійское Металлург. О-во	22 255 669,62	6 502 866,14	29 „

И здѣсь ни малѣйшей пропорціональности между цифрой паеваго капитала и цифрой долговъ; и здѣсь размѣръ задолженности опредѣляется однимъ только общимъ закономъ—размѣрами оборота, необходимостью соотвѣтствія между активомъ и пассивомъ.

Основаніемъ такого положенія вещей, повидимому, служить то, что современное капиталистическое хозяйство лишь въ исключительно рѣдкихъ случаяхъ нуждается въ потребительномъ кредитѣ¹⁾. Поэтому, при нормальныхъ хозяйственныхъ условіяхъ капиталы, отданные въ кредитъ, остаются въ предпріятіи и, такимъ образомъ, *сами служатъ обезпеченіемъ* кредитора. Даже въ случаѣ краха послѣдній можетъ либо вернуть большую часть своихъ денегъ путемъ конкурса, либо поддержать предпріятіе до лучшихъ временъ при помощи администраціи. Естественно, что при такомъ состояніи экономическаго быта мѣриломъ кредитоспособности является не столько собственное имущество даннаго лица, сколько размѣръ его оборотовъ.

Однако, это явленіе, какъ и весь механизмъ современнаго рыночнаго хозяйства, есть продуктъ долгаго и сложнаго историческаго развитія. На первыхъ ступеняхъ этой великой лѣстницы мы наблюдаемъ отношенія диаметрально противоположнаго характера. Здѣсь кредитъ по преимуществу потребительный²⁾. Цѣнности, отдаваемая въ долгъ, не могутъ сами обезпечивать въ-

¹⁾ Объ экономическомъ различіи производительнаго и потребительнаго кредита см. Туганъ-Барановскій, Осн. Политич. Экон. стр. 424; Филипповичъ, Осн. Пол. Эк., стр. 240.

²⁾ См. Roscher, Grundl. d. Nationalökonomie, S. 281.

рителя, такъ какъ онѣ, по общему правилу, предназначены къ потребленію должникомъ. Имущество должника тоже не служитъ надежнымъ обезпеченіемъ, потому что при отсутствіи постоянного мѣноваго оборота оно не можетъ имѣть объективной мѣновой цѣнности. Если не единственнымъ, то, во всякомъ случаѣ, главнымъ средствомъ взысканія служитъ понужденіе должника къ уплатѣ посредствомъ репрессивныхъ мѣръ противъ его личности.

Въ юридической литературѣ существуетъ споръ относительно способовъ взысканія по древнѣйшему праву. Большинство ученыхъ признаетъ, что на первыхъ стадіяхъ развитія взысканіе съ имущества должника совершенно отсутствовало; оно замѣнялось крайнею строгостью личнаго взысканія, создававшею не только долговое рабство, но даже право кредиторовъ на жизнь неисправнаго должника ¹⁾. Въ недавнее время эта точка зрѣнія была оспорена проф. В. А. Удинцевымъ. По его мнѣнію, крайняя строгость личнаго взысканія и, особенно, долговое рабство возникли сравнительно поздно, когда развившееся правосознаніе стало направлять свои усилія на упроченіе кредитныхъ отношеній ²⁾. Съ другой стороны, проф. Удинцевъ полагаетъ, что взысканіе во всѣ времена и при всѣхъ условіяхъ могло быть направляемо на имущество должника ³⁾.

Разрѣшеніе этого спора не входитъ въ нашу задачу. Вопросъ объ исходныхъ пунктахъ юридическаго развитія, о воззрѣніяхъ первобытнаго права на обязательство, вѣроятно, будетъ рѣшенъ со временемъ не на основаніи тѣхъ, сравнительно очень позднихъ, юридическихъ памятниковъ, которыми мы въ настоящее

¹⁾ См., напр., Leist, *Alt-arisches jus gentium*; Amira, *Nordgermanisches Obligationenrecht*, В. I; Roscher, l. c., S. 289; Perin, *La contrainte par corps*; Владимірскій—Будановъ, *Обзоръ Ист. Русск. Пр.*, стр. 607—8 и 659.

²⁾ В. А. Удинцевъ. *Исторія Займа*, *passim*.

³⁾ *Ibidem*, стр. 62 и сл., 71 и сл.

время располагаемъ, а на основаніи изученія живого права дикарей. Колеръ, авторъ извѣстной книги „Негритянское право“, придерживается воззрѣній господствующей школы ¹⁾); но тѣ немногочисленные данныя, которыя имѣются въ современной наукѣ, не могутъ еще дать намъ исчерпывающаго отвѣта на вопросъ о взглядахъ первобытнаго правосознанія. Логически, конечно, ничего нельзя возразить противъ мысли, что и въ первобытномъ правѣ кредиторъ могъ при неуплатѣ взять то, что ему слѣдовало, изъ имущества должника. Однако, весьма сомнительно, чтобы этотъ способъ удовлетворенія былъ господствующимъ на практикѣ на первыхъ стадіяхъ хозяйственнаго быта. Какъ доказали труды австрійской школы въ политической экономіи, объективная цѣнность, возникая лишь при мѣновомъ строѣ общественнаго хозяйства, представляетъ продуктъ долгаго историческаго процесса и на первыхъ ступеняхъ совершенно отсутствуетъ. Въ наше время кредиторъ имѣетъ возможность взыскать свой долгъ изъ всякаго имущества должника путемъ продажи, т. е. путемъ реализаціи его объективной рыночной цѣнности; въ то время, когда обмѣнъ былъ развитъ сравнительно слабо, не только нельзя было рассчитывать на удовлетвореніе путемъ продажи, но и самый долгъ, если онъ возникъ въ натурѣ, лишь съ трудомъ можно было перевести на деньги. Поэтому, если даже юридически кредиторъ могъ взыскать свой долгъ съ имущества должника, то фактически это взысканіе должно было ограничиваться тѣсной сферой имущества, однороднаго съ даннымъ займы; и можно сомнѣваться, чтобы право народныхъ обычаевъ, выросшее изъ практики, вскормленное ею, могло при такихъ условіяхъ сильно настаивать на имущественномъ взысканіи. Такого взгляда не опровергаетъ и ст. 14 договора Игоря съ греками, на которую ссылается проф. Удинцевъ ²⁾). Какъ

¹⁾ Kohler, Schakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz.

²⁾ Удинцевъ, *op. cit.* стр. 140.

известно, не греки ѣздили въ Кіевъ, а, наоборотъ, рускіе въ Царьградъ. Отношенія между греками и русскими возникали преимущественно въ Константинополѣ съ его развитымъ экономическимъ бытомъ; и здѣсь, конечно, могъ развиваться принципъ имущественнаго взысканія. Не то было на Руси, гдѣ въ это время внутри страны господствовало натуральное хозяйство, внутренній обмѣнъ былъ развитъ слабо, внутренняго рынка еще не существовало, и, слѣдовательно, не могло существовать объективной цѣнности ¹⁾.

Въ эту сферу экономическихъ отношеній вводитъ насъ ст. 47 пространной Русской Правды (по Карамзинскому списку) ²⁾. „Аще кто куны даетъ въ рѣзы—гласить она—или наставы въ медь, или жито въ присопь....“ Несмотря на позднее происхожденіе этого памятника, онъ отражаетъ еще очень неразвитой хозяйственный бытъ. Здѣсь заемъ совершается еще непосредственно натурой, не переводится на денежный эквивалентъ, и даже проценты носятъ различное названіе, смотря по тому, какимъ продуктомъ они уплачиваются („рѣзы“ „медь“ и „присопь“). Просматривая дальнѣйшія статьи пространной Правды (49—64 Кар. сп.) ³⁾ мы находимъ вмѣсто общаго принципа современнаго права, что кредиторъ можетъ взыскивать свой долгъ въ деньгахъ по рыночной цѣнѣ, подробную правитель-

¹⁾ Въ подтвержденіе этого взгляда можно привести известіе лѣтописи подъ 969 г. Здѣсь Святославъ противопоставляетъ Кіевъ Переяславлю Болгарскому, куда по его словамъ „сходится все благое: отъ грековъ золото, паволоки, вина и разныя овощи, отъ чеховъ и угровъ серебро и кони, изъ Руси мѣха, воскъ, медь и невольники“. Хотя здѣсь говорится и о русской торговлѣ, но это торговля внѣшняя, экспортная, которую самъ Святославъ противопоставляетъ явленіямъ внутренней экономической жизни и которая, согласно современнымъ экономическимъ изслѣдованіямъ, появляется еще въ періодѣ господства натурального хозяйства. Ср. van der Borcht, *Handel und Handelspolitik*; Roscher, *Grundl. d. Nationalökonomie*.

²⁾ Хрестоматія Владимірскаго Буданова, вып. I, стр. 59—60.

³⁾ *Ibidem*, стр. 60—63.

етвенную оцѣнку разныхъ предметовъ долга. Уже одно это обстоятельство наводитъ на мысль, что произвести непосредственную судебную оцѣнку было затруднительно. Но еще характернѣе то, что даже оцѣнка законодателя распространяется лишь на самые обыкновенные предметы обмѣна—на скотъ, немолоченное жито и сѣно. Очевидно, объективная оцѣнка другихъ предметовъ либо была трудна даже приблизительно, либо эти предметы были настолько мало распространены въ оборотѣ, что въ ихъ оцѣнкѣ и не представлялось надобности.

Поэтому, позволительно думать, что въ эпоху пространной Русской Правды, если даже кредитору принадлежало право взыскивать съ имущества должника, онъ на практикѣ долженъ былъ предпочитать личное взысканіе. Во всякомъ случаѣ, имущество, не обладавшее объективной цѣнностью, не могло служить для кредитора обезпеченіемъ: долгъ обезпечивался исключительно правомъ репрессій противъ личности должника. Именно это право, а не имущественное взысканіе, служило эквивалентомъ риска, связаннаго со сдѣлкой.

Въ пространной Правдѣ мы встрѣчаемъ двѣ статьи, говорящія о взысканіи. Это статьи 68 и 69 (по Кар. сп.)¹⁾. Проф. Удинцевъ справедливо отмѣчаетъ,

¹⁾ Хрестоматія Владимірскаго-Буданова, вып. I стр. 65—66. Ст. 68: „оже кто которыи купецъ, шедъ гдѣ либо съ чюжими кунами, истопится, или рать возьметъ, или огонь, то не насилити ему, ни продати его; но како начнетъ отъ лѣта платити ему, тако же платитъ, занеже пагуба отъ Бога есть, а не виноватъ есть: оже ли пропиется или пробьется, а въ безумии чюжь товаръ потравитъ, то како либо тѣмъ. чьи то коуны, ждоутъ ли ему, продадоутъ ли его—своя имъ воля“.

Ст. 69: „аще кто многымъ долженъ будетъ, а пришедъ гость изъ иного города или чюжоземець, а не вѣдая запустить занъ товаръ, а опять начнетъ не дати гостю кунъ, а первии должници запинати емоу начноутъ, не дадучи коунъ, то вести и на торгъ и продати, и отдати же первое гостеву коуны, а до-мачнымъ, что ся останеть коунъ, тѣмъ ся подѣлять; паки ли боудуть княжи куны, то княжи коуны пережи взяти, а прокъ въ дѣлѣ; оже кто много рѣза ималь, то тому не имати“.

что какъ та, такъ и другая имѣютъ въ виду „наличность особыхъ обстоятельствъ—конкурса, злостнаго или неосторожнаго поведенія должника, свойства купца, участія иноземца“¹⁾. Все это—случаи торговаго права. Были ли эти нормы самостоятельнымъ велѣніемъ законодателя, или же онъ почерпалъ ихъ изъ обычнаго права—все равно: важно то, что именно въ этой области впервые почувствовалась потребность въ санкціонированной законодательной властью нормировкѣ взысканія. Эти торговые случаи представлялись болѣе сложными сравнительно съ обычнымъ характеромъ долговыхъ сдѣлокъ²⁾. И если, съ одной стороны, они требовали законодательнаго вмѣшательства, то, съ другой, развивавшаяся торговля, усложнявшая кредитныя отношенія, не могла остаться безъ вліянія на экономическое положеніе сторонъ. Личное взысканіе, представлявшее, какъ можно полагать, главное обезпеченіе кредитора, не обладало достаточной эластичностью для новыхъ условій. Если даже предположить долговое рабство, то и тогда предѣлы личнаго взысканія подвергались естественному ограниченію въ размѣрѣ капитализированной цѣнности труда несостоятельнаго. Но, какъ справедливо указываетъ проф. Удинцевъ³⁾, заключеніе о долговомъ рабствѣ по Русской Правдѣ основано только на словѣ „продати“; между тѣмъ, „продати“ не означаетъ непременно продать въ рабство: при такомъ толкованіи статьи 68—69 рѣшительно разошлись бы съ тѣмъ постановленіемъ Устава великаго

1) Исторія Займа стр. 137.

2) Въ обѣихъ статьяхъ предусмотрены случаи, когда кредиторъ лишенъ возможности защищать свои интересы собственными силами. Въ 68 ст. катастрофа происходитъ вдали отъ него и онъ о ней не знаетъ („шесть гдѣ либо съ чужими коунами“); въ 69 ст. пострадавшимъ является „гость изъ инога города или чужоземець“, который не въ курсѣ дѣлъ должника и можетъ „запустить товаръ не вѣдая“, что должникъ въ дѣйствительности уже не кредитоспособенъ.

3) *Op. cit.*, стр. 136—140.

князя Всеволода о церковныхъ судѣхъ, по которому несостоятельный купецъ становился изгоемъ. Съ другой стороны, нѣсколько рискованной является догадка проф. Удинцева, что „продажѣ“ подвергалось только имущество должника¹⁾: тогда стало бы непонятнымъ выраженіе 69 ст.: „вести и на торгъ и продати“.

Кажется, разрѣшеніемъ этого противорѣчія могла бы служить ст. 122 пространной Правды (Кар. сп.)²⁾. На практикѣ, повидимому, бывали попытки обратить неисправнаго должника въ рабство. Но право отвѣтило на нихъ категорическимъ постановленіемъ: „вдачь не холопъ³⁾, и ни по хлѣбѣ робять, ни по придатцѣ; но оже не ходять годъ, то ворочати емоу милость, отходить ли, то не виновать есть“⁴⁾. Здѣсь право еще болѣе ограничиваетъ и безъ того узкіе предѣлы личнаго взысканія. Независимо отъ величины долга, должникъ отработываетъ его не болѣе года. Кредиторы могутъ обратиться на него личное взысканіе даже не въ размѣрѣ капитализированной цѣнности его труда, а только въ размѣрѣ годичной отработки. Если статьи 68—69 говорятъ о „продажѣ“, то, вѣроятно, должникъ продавался не въ рабство, а только въ годичную отработку, и самая продажа обусловливалась конкурирующимъ взысканіемъ нѣсколькихъ кредиторовъ⁵⁾. „Отходить ли годъ, то не виновать есть“. Это—общій принципъ.

¹⁾ Ibidem, стр. 140

²⁾ Хрестоматія Владимірскаго Буданова, вып. I, стр. 86.

³⁾ „Выданный головой для обработки не холопъ“ по переводу проф. М. Ф. Владимірскаго Буданова (Обзоръ Ист. Русск. Права, стр. 407).

⁴⁾ „.... ни тѣ, которые работаютъ за прокормленіе или за проценты (такъ переводитъ проф. Владимірскій Будановъ; думаемъ, что возможенъ еще одинъ переводъ: „и не долженъ отработывать ни прокормленія, ни процентовъ“); но если не отработаетъ годъ, то обязанъ вернуть полученное, если же отработаетъ, то свободенъ отъ долга“.

⁵⁾ При одномъ кредиторѣ онъ, вѣроятно, просто выдавался въ отработку.

Если должникъ былъ купцомъ, то, по истеченіи урочнаго года, онъ, согласно Уставу Всеволода, становился изгоемъ.

Быть можетъ, подтвержденіе этого взгляда слѣдуетъ видѣть въ 65 ст. пространной Правды (Кар. сп.) ¹⁾, Статья эта гласитъ: „а жонка съ дчерью, тѣмъ страды на 12 лѣтъ, по гривнѣ на лѣто, 20 гривенъ и 4 гривны кунами“. Здѣсь заключается, по объясненію проф. Владимірскаго Буданова ²⁾, такса, примѣнявшаяся для оцѣнки труда „жонки съ дчерью“, отработывающихъ долгъ. А гдѣ-же годовичная такса для самого должника, для взрослого работника мужскаго пола? Ни эта, ни другія статьи Правды не даютъ намъ такой таксы; и ея отсутствіе какъ будто подтверждаетъ предположеніе, что годомъ отработки исчерпывалось личное взысканіе по всякому долгу, независимо отъ его величины. „Отходить ли годъ, то не виновать есть“.

Такъ или иначе, нельзя не согласиться съ проф. Удинцевымъ ³⁾, что ст. 122 пространной Правды (Кар. сп.) направлена къ устраненію въ предусматриваемомъ ею случаѣ рабства за долгъ. Такое ограниченіе личнаго взысканія годовичнымъ трудомъ должника дѣлало этотъ способъ взысканія еще болѣе непригоднымъ для надобностей развивавшагося оборота. По самой своей природѣ, личное взысканіе представляется средствомъ, гораздо болѣе дѣйствующимъ на психику должника, нежели предоставляющимъ кредитору реальное имущественное обезпеченіе. Вращаясь въ узкихъ рамкахъ цѣнности труда одного человѣка, оно совершенно неспособно увеличивать обезпечивающую кредиторомъ цѣнность соразмѣрно оборотамъ должника, безъ чего немислимъ здоровый производительный кредитъ; а при ограниченіи годовичной отработкой личное взысканіе окончательно становится представителемъ одной вполнѣ

¹⁾ Хрестоматія Владимірскаго Буданова, вып. I. стр. 63.

²⁾ Ibidem, стр. 87, прим. 160.

³⁾ Исторія займа, стр. 139.

опредѣленной и, притомъ, незначительной цѣнности въ размѣрѣ годовичнаго труда взрослога работника, на которую кредиторы только и могутъ претендовать.

Всѣ эти условія, конечно, не могли не оказать вліянія на дальнѣйшее развитіе древне-русскаго права. По всей вѣроятности, именно въ нихъ нужно искать объясненія одной статьи Псковской Судной Грамоты, которая вызывала сомнѣнія у изслѣдователей. Это— ст. 30 ¹⁾, гласящая: „А кто иметь давать серебро въ заимъ, ино дати до рубля безъ заклада и безъ записи, а болши рубли не давати безъ заклада и безъ записи. А кто иметь сочити съ суда серебра по доскамъ безъ заклада, болѣ рубля, ино того доска повинити, а того права, на комъ сочатъ“ ²⁾.

Л. А. Кассо, говоря объ этой статьѣ, выражаетъ недоумѣнье. „Неужели—спрашиваетъ онъ—въ торговомъ городѣ съ обширными сношеніями чисто личный кредитъ подвергался такому ограниченію? Не означаетъ ли здѣсь закладъ скорѣе актъ, совершенный при соблюденіи особыхъ формальностей?“ ³⁾. Къ сожалѣнію почтенный ученный въ этомъ случаѣ слишкомъ находится подъ властью современныхъ воззрѣній на кредитъ. Въ наше время, когда личный кредитъ обезпечивается имущественнымъ взысканіемъ, такое ограниченіе, конечно, убивало бы торговый оборотъ; но въ ту эпоху, для которой сомнительно не только значеніе, но даже существованіе имущественнаго взысканія,

¹⁾ Хрестоматія, вып. I, стр. 149—150.

²⁾ Проф. Владимірскій Будановъ переводитъ эту статью слѣдующими словами: „Давать въ ссуду деньги безъ заклада и безъ записи можно только до рубля; свыше же рубля безъ заклада и безъ записи не давать. Кто станетъ искать денегъ по суду по однимъ „доскамъ“ (письменнымъ актамъ), безъ заклада, и искъ будетъ превышать рубль, того доски не принимать во вниманіе; дѣло рѣшается въ пользу того, на кого предъявленъ искъ“.

³⁾ Л. А. Кассо, Понятіе о залогѣ въ современномъ правѣ, стр. 284—5.

„чисто личный кредит“ не могъ играть такой крупной экономической роли, какъ теперь. Ст. 30 Псковской Судной Грамоты находится въ тѣсной связи съ другой статьей—33¹⁾. „А поруку быть до рубля, а болши не быти рубля“. Эта послѣдняя статья доказываетъ съ большою вѣроятностью, что запрещеніе займа безъ залога на сумму свыше рубля представляетъ именно ограниченіе личнаго кредита²⁾.

Конечно, трудно было бы объяснить такія нормы, если бы мы захотѣли видѣть въ нихъ результатъ произвольнаго юридическаго творчества законодателя, творчества, призваннаго не столько отражать житейскія отношенія, сколько направлять ихъ. Но Псковская Судная Грамота есть памятникъ обычнаго права. Она „выписана.... изъ всѣхъ приписковъ Псковскихъ пошлинъ.... всѣмъ Псковомъ на вѣчи“³⁾; и естественно, что она сильнѣе современныхъ законодательствъ должна отражать явленія, сложившіяся въ реальной экономической жизни.

Повидимому, принципъ ограниченія личной отвѣтственности должника небольшою цѣнностью, проводимый 122 статьей пространной Правды (Кар. сп.), прочно привился въ Псковѣ. Вѣроятно, и въ псковскихъ обычаяхъ, какъ въ Правдѣ, эта цѣнность опредѣлялась первоначально обработкой долга въ теченіе извѣстнаго времени. Но торговый городъ съ его развитыми экономическими отношеніями скоро долженъ былъ выработать рыночную оцѣнку труда; и тогда норма Русской Правды „отходить ли годъ, то не виновать есть“, какъ

¹⁾ Хрестоматія, вып. I, стр. 151.

²⁾ Аналогичное ограниченіе существовало еще гораздо позже въ московскомъ правѣ. Въ указѣ 1 сентября 7067 (1558) г. велѣно по кабаламъ давать судъ на сумму не болѣе 15-ти рублей: „а положить кабалу... больше пятнадцати рублей, и въ томъ ему суда на того челоуѣка не давати“. См. Хитрово, Законодат. памятники 16 и 17 столѣтій, стр. 193.

³⁾ См. вступленіе Псковской Судной Грамоты въ Хрестоматію, вып. I, стр. 136.

неприспособленная къ условіямъ денежнаго хозяйства, естественно должна была перевоплотиться въ народныхъ обычаяхъ въ другую норму, опредѣляющую границы личнаго взысканія уже не въ натурѣ, а въ деньгахъ.

Такая перемѣна, разумѣется, не могла оставаться безразличной ни для экономическихъ отношеній, ни для права. Прежде кредиторъ соразмѣрялъ деньги, отдаваемые въ долгъ, съ цѣнностью годичнаго труда должника по своей личной, субъективной оцѣнкѣ, а не по какой либо объективной нормѣ. Одинъ кредиторъ цѣнилъ годичный трудъ должника больше, другой меньше. Ни экономическія отношенія, ни выражающее ихъ обычное право не могли создать общей нормы, до которой простирается личный кредитъ; онъ измѣрялся не въ деньгахъ, а въ другой неоднородной величинѣ— въ трудѣ, который переводился на деньги каждый разъ сообразно индивидуальнымъ условіямъ.

Все это должно было измѣниться съ развитіемъ денежнаго хозяйства. Рубль Псковской Судной Грамоты—это опредѣленная, фиксированная величина, однородная съ той, которая отдается въ долгъ. Если та цѣнность, которою кредиторы располагали при взысканіи, оцѣнивалась рынкомъ въ рубль, то больше рубля, конечно, никто не дастъ подъ обезпеченіе этой цѣнностью. Ограниченіе личнаго кредита опредѣленной суммой должно было вырости изъ естественныхъ условий хозяйственной жизни, независимо отъ какой либо юридической регламентаціи. Но разъ ограниченіе возникло, разъ сумма личнаго кредита, какимъ бы то ни было способомъ, была опредѣлена точной цыфрой, то эта цыфра, несомненно, должна была стать достояніемъ народнаго правосознанія; особенно въ такомъ городѣ, какъ Псковъ, гдѣ кредитныя сдѣлки совершались каждый день въ огромномъ количествѣ. Обычай, этотъ лучший выразитель народнаго правосознанія, это зеркало народныхъ юридическихъ воззрѣній, санкциони-

рождать нарождающуюся норму; а Псковская Судная Грамота, какъ кодексъ обычнаго права, запечатлѣла ее въ 30 ст.

Само собою понятно, что городъ Псковъ съ его обширными оборотами не могъ удовлетвориться ни столь примитивными формами кредита, ни столь незначительными его размѣрами. Новыя условія экономическаго быта, переводившія на деньги цѣнность отработки, убивали личный кредитъ въ томъ смыслѣ, какъ его понимало натуральное хозяйство, потому что ограничивали его небольшою суммою; но эти же условія выдвигали настойчивую потребность въ иныхъ формахъ. Этотъ новый путь открывался тѣми-же обстоятельствами, которыя закрыли старый: развитіемъ денежнаго хозяйства. Благодаря ему, трудъ получилъ объективную оцѣнку, и вмѣсто годичной отработки появился рубль; но наряду съ трудомъ эту объективную оцѣнку получали вещи. Тѣ условія, которыя не давали имущественному кредиту возможности развиваться на первой ступени, теперь падали подъ напоромъ экономическаго прогресса. Центръ тяжести въ кредитѣ, естественно, долженъ былъ перейти съ труда на вещь, съ лица на имущество.

Однако, этотъ переходъ не могъ произойти сразу въ видѣ общаго принципа, т. е. въ формѣ соответственнаго перенесенія взысканія. Обычному праву несвойственъ тотъ общій, абстрактно-нормативный характеръ, которымъ отличается законодательство. Каждый новый инситутъ появляется въ обычаяхъ уже тогда, когда онъ завоевалъ себѣ прочное мѣсто въ жизни. Развитие права идетъ здѣсь не путемъ нормъ, а путемъ частной инициативы¹⁾. Раньше, чѣмъ сложится законченный обычай, мы наблюдаемъ его образование въ договорахъ, завѣщаніяхъ и т. п. актахъ. Всѣ эти акты имѣютъ значеніе источниковъ права, а не просто матеріаловъ для его распознаванія; и только черезъ част-

¹⁾ Подробнѣе см. у Муромцева, Образование права по ученіямъ нѣмецкихъ юристовъ.

ную дѣятельность обычай проникаетъ въ народное правосознаніе. Такимъ же путемъ должно было идти развитіе имущественной отвѣтственности.

Съ другой стороны, неоднократно было отмѣчено, что древнее право не знаетъ общихъ, абстрактныхъ понятій. Такія широкія представленія, какъ общая имущественная отвѣтственность, едва ли могли сразу возникнуть въ тогдашнемъ юридическомъ мышленіи. Они могли появиться лишь въ итогѣ окончательнаго развитія инситута, но не въ тѣхъ первыхъ сдѣлкахъ, которыми инситутъ основывался. Едва-ли не будетъ правильнымъ предположеніе, что подобныя юридическія понятія возникали постепенно, по мѣрѣ того, какъ расширялась практика распространенія отвѣтственности на отдѣльные имущественные объекты. На первыхъ порахъ, быть можетъ, даже не ощущалось надобности въ общей имущественной отвѣтственности: обезпеченіе имуществомъ не было общимъ правиломъ, а практиковалась только по отношенію къ отдѣльнымъ долгамъ; отдѣльный долгъ—всегда конкретная величина, и естественно было противопоставить ему въ качествѣ обезпеченія столь же конкретный имущественный объектъ.

Такимъ образомъ, позволительно думать, что новый принципъ, введеніе имущества въ качествѣ обезпеченія кредитора, возникалъ первоначально въ видѣ частныхъ сдѣлокъ, по которымъ кредитору предоставлялось право получить удовлетвореніе изъ опредѣленнаго имущества. Ст. 30 Исковской Судной Грамоты имѣетъ великое значеніе для историка права: она раскрываетъ намъ генезисъ залога. Въ ея запрещеніи давать больше рубля въ заемъ безъ залога отразился тотъ историческій процессъ, которымъ инситутъ залога былъ вызванъ къ жизни ¹⁾).

¹⁾ Ст. 30 упоминаетъ, кромѣ залога, еще о „записи“. Къ сожалѣнію, изъ Исковской Судной Грамоты трудно выяснить точнѣе значеніе этого инситута. Есть нѣкоторыя основанія думать, что подъ „записью“ въ данномъ случаѣ нужно пони-

Конечно, на этой стадіи развитія понятія о залогѣ сильно отличались отъ современныхъ. Здѣсь право залогового вѣрителя заключалось не въ удовлетвореніи на особыхъ основаніяхъ, а въ удовлетвореніи ихъ особаго объекта. Въ современномъ правѣ имущественное взысканіе принадлежитъ всѣмъ вѣрителямъ; залогъ, какъ справедливо замѣчаетъ Побѣдоносцевъ ²⁾, представляетъ привиллегію, направленную не противъ должника, а противъ другихъ кредиторовъ. Псковская Судная Грамота говорить объ иной формѣ. Здѣсь право залогового вѣрителя не могло сталкиваться съ правами личныхъ вѣрителей, потому что послѣдніе должны были взыскивать съ иного объекта. Залоговой долгъ представлялся не просто привилегированнымъ долгомъ въ порядкѣ удовлетворенія, а такимъ долгомъ, въ которомъ участвовалъ новый, несуществовавшій для другихъ кредиторовъ, объектъ удовлетворенія въ видѣ даннаго имущества должника ³⁾. Такой залогъ сближалъ письменный актъ о залогѣ. На эту мысль наводятъ: 1) сама 30-я статья, воспреещающая заемъ на сумму свыше рубля „безъ заклада и безъ записи“ и наряду съ этимъ карающая недействительностью всякій заемъ на эту сумму безъ заклада; 2) 104 ст., говорящая о конкуренціи нѣсколькихъ закладныхъ на наследственное имущество, причемъ у нѣкоторыхъ кредиторовъ могутъ оказаться „сверхъ того и записи, і на того умершаго, и на его закладъ“; 3) сопоставленіе этой статьи съ 28-й ст.: 104-я постановляетъ, что залогодержатель, имѣющій записъ, получаетъ въ случаѣ выкупа свои деньги безъ присяги (т. е. записъ почитается сама достаточнымъ доказательствомъ его права), а ст. 28-я устанавливаетъ общее правило: „закладныхъ доскъ (письменныхъ актовъ на закладъ) не посуждать“. Быть можетъ, мы не ошиблись бы, если бы отождествили „записи“ съ только что упомянутыми „закладными досками“.

²⁾ Побѣдоносцевъ, Курсъ Гражд. Пр. т. I., стр. 564—5

³⁾ Слѣды этого воззрѣнія сохранились до сихъ поръ въ дѣйствующемъ Сводѣ Законовъ, именно, въ 509 ст. Зак. о Суд. Гражд., постановляющей, что взысканіе личныхъ кредиторовъ обращается на излишки суммы, вырученной отъ публичной продажи заложенныхъ имуществъ, лишь въ томъ случаѣ, если все остальное имущество должника окажется недостаточнымъ.

жался съ поручительствомъ; но только поручителемъ было не лицо, а вещь.

Подтверженіемъ такого взгляда на псковскій залогъ можетъ служить 104 ст. Псковской Судной Грамоты ¹⁾. Эта статья говоритъ о конкуренціи залоговыхъ правъ на одно имущество и постановляетъ: „да дѣлать по деломъ і по серебру, колко серебра, ино и доля ему по тому числу“. Первое, что бросается въ глаза при чтеніи этой статьи—полное отсутствіе столь обычнаго для насъ понятія о старшинствѣ закладныхъ. Здѣсь совершенно нѣтъ представленія о залогѣ, какъ о правѣ на *преимущественное* удовлетвореніе. Все преимущество залоговыхъ кредиторовъ заключалось въ исключительномъ правѣ обратить вообще взысканіе на данный имущественный объектъ, и такому преимуществу не противорѣчило стеченіе нѣсколькихъ равноправныхъ закладныхъ. Такъ-же, какъ одно лицо можетъ быть поручителемъ въ нѣсколькихъ обязательствахъ, такъ и одна вещь можетъ быть заложена за нѣсколько долговъ.

Къ сожалѣнію, мы почти не располагаемъ актами залоговыхъ сдѣлокъ, относящимся къ этой эпохѣ. Но еще въ памятникахъ 16-го и 17-го вѣка мы находимъ отдѣльныя указанія, которыя едва ли не правильно будутъ объяснить, какъ слѣды залога-поручительства. Такъ, въ одной закладной 1563 ²⁾ года говорится: „А въ серебрѣ есмь и въ росту подписали есмь въ серебрѣ порукою дворъ свой.... А кой насъ съ дворомъ въ лицѣхъ, на томъ денги и ростъ“. Въ одной изъ знаменитыхъ закладныхъ Ивана Строганова ³⁾ читаемъ: „А въ тѣхъ денгахъ, въ поруки мѣсто, язъ Иванъ съ своимъ сыномъ Даниломъ заложили.... вотчину свою....; а кой насъ займщиковъ и съ тою порукою вотчиною въ лицахъ, на томъ срокъ и денги; а будетъ язъ Иванъ

¹⁾ Хрестоматія, вып. I, стр. 149.

²⁾ А. Ю. 243, II.

³⁾ Доп. къ А. И., II, 56, IV.

съ своимъ сыномъ съ Даниломъ и съ порукою своею вотчиною на тотъ срокъ.... тѣхъ денегъ.... не заплатимъ, и на мнѣ Иванѣ и на сынѣ моемъ Данилѣ и на нашей порукѣ вотчинѣ.... за прострочку взяти сверхъ даныхъ денегъ истинны трехъ тысячъ трехъсотъ двадцати рублевъ пятьсотъ рублевъ денегъ“. Поручительный характеръ этой закладной не подлежитъ сомнѣнію. Помимо того, что сами должники называютъ свою вотчину „порукою“, онъ явствуетъ изъ содержанія закладной. „Порука вотчина“ участвуетъ вмѣстѣ съ самими займщиками въ платежѣ долга; на „поруку вотчину“ направляется взысканіе, и притомъ, повидимому, не въ формѣ освоенія кредиторомъ, потому что тогда не имѣло бы никакого смысла указаніе на неустойку, которая должна быть взыскана съ той же вотчины.

Далѣе, въ одной закладной XV вѣка ¹⁾ говорится: „а въ тѣхъ денгахъ ввель еси свою землю“. Это понятіе: „ввель“ въ свой долгъ также построено по аналогіи съ поручительствомъ: если при поручительствѣ лица оно „вступаетъ“ въ сдѣлку, то при поручительствѣ вещи владѣлецъ „вводитъ“ ее въ сдѣлку. Обозначеніе залога, какъ „ввода“ вещи въ свой долгъ встрѣчается въ XV вѣкѣ постоянно. Такъ, въ договорѣ великаго князя Василья Васильевича (Темнаго) съ Дмитріемъ Шемякой и Василіемъ Косымъ отъ 1440 г. ²⁾ содержится слѣдующій пунктъ: „А што ввель зять мой князь Олександръ Ивановичъ отцу вашему четыре села... въ долгу въ пятисотъ рублѣхъ, и мнѣ то вамъ отъ правити по догончанью“. Въ закладной 1428—1434 г. ³⁾ постановлено: „а не уплачу на срокъ кунъ, ино моя пожня въ томъ“. Представленіе о заложенномъ пмуществѣ, какъ о „прукѣ“ встрѣчается даже въ такихъ закладныхъ, гдѣ оно явно представляетъ историческій

¹⁾ А. отн. до Юр. Б., 126, III.

²⁾ Собр. гос. гр. и дог., т. I, № 60.

³⁾ А. Ю. 232.

пережитокъ и совершенно не можетъ быть истолковано въ буквальномъ смыслѣ. Такъ, въ новгородской закладной 1669 г. ¹⁾ сказано, что должники „заложили дворъ свой вмѣсто поруки“, а наряду съ этимъ заключается условіе: „будетъ мы заимщики.... на первой срокъ.... денегъ.... сполна не заплатимъ, и ему Михайлу на тотъ нашъ дворъся закладная кабала и купчая“; въ закладныхъ Ивана Строганова, приведенныхъ и упомянутыхъ въ его договорѣ съ дядями Андреемъ и Петромъ ²⁾, залогъ „въ поруки мѣсто“ встрѣчается 4 раза, но только въ одной вышеприведенной закладной мы имѣемъ, дѣйствительно, простое обѣщаніе взыска- нія съ заложенной вотчины (въ остальныхъ 3-хъ слу- чаяхъ вотчина при просрочкѣ переходитъ въ собствен- ность кредитора).

Въ послѣднее время В. А. Удинцевъ ³⁾ обратилъ вниманіе еще на одинъ терминъ, не менѣе характер- ный для правосознанія на первыхъ ступеняхъ развитія залога въ Россіи. Въ цѣломъ рядѣ актовъ мы встрѣ- чаемъ обозначеніе залога словами: „а въ тѣхъ денгахъ подписалъ я ему въ вѣрѣ“ (или просто подписалъ). Эти термины встрѣчаются въ четырехъ закладныхъ Ивана Строганова ⁴⁾, въ 1-й закладной 1663 г. на плѣн- ную Юкагиру ⁵⁾, въ 3-хъ закладныхъ, приведенныхъ у Бедотова-Чеховскаго (1662 и 1665 г.) ⁶⁾, въ 1-мъ актѣ 1630 г. у Гурлянда ⁷⁾ и въ 11-и цыдвинскихъ актахъ (1546, 1585, 1639, 1652, 1678, 1695, 1731, 1745, 1754, 1783 г.г.) ⁸⁾.

¹⁾ А. отн. до Юр. Б. 126, X.

²⁾ Доп. къ А. И. II, 56, IV.

³⁾ Статья „Подписка въ вѣрѣ“ въ сборникѣ, посвящен- номъ М. Ф. Владимірскому-Буданову; также въ „Исторіи Займа“ стр. 91—93.

⁴⁾ Доп. къ А. И. II, 56, IV.

⁵⁾ А. отн. до Юр. Б. 126, VIII.

⁶⁾ Акты, относ. до гражд. расправы др. Р., №№ 127, 128, 131.

⁷⁾ Акты города Романово-Борисоглѣбска, стр. 36.

⁸⁾ Цыдвинскіе акты изданы В. А. Удинцевымъ въ прило- женіи къ его Исторіи Займа; интересующіе насъ документы помѣщены подъ №№ 1, 2, 3, 7, 8, 9, 11, 15, 18, 19 и 20.

Что подъ „подпиской“ и „подпиской въ вѣрѣ“ здѣсь разумѣется залогъ—это видно изъ самаго текста актовъ, гдѣ слова „подписалъ“ и „заложилъ“ употребляются безразлично, и гдѣ стороны сами называютъ актъ „закладной“; но съ еще большей несомнѣнностью это можно заключить изъ трехъ указанныхъ актовъ Федотова-Чеховскаго. Здѣсь закладныя приведены въ правыхъ грамотахъ по случаю судебныхъ рѣшеній, гдѣ онѣ фигурировали; и не только стороны, но и судъ признаетъ акты о „подпискѣ въ вѣрѣ“ правильными закладными.

И. А. Базановъ отмѣчаетъ, что все эти закладныя относятся къ мѣстностямъ, находившимся „въ сферѣ бывшаго новгородскаго влiянiя“ ¹⁾. Съ этимъ указанiемъ нельзя не согласиться; но едва-ли району географическаго распространенiя „подписки въ вѣрѣ“ можно придавать то значенiе, которое придаетъ ему авторъ. Въ 16 и 17 вѣкахъ „подписка“, повидимому, была дѣйствительно мѣстнымъ терминомъ; но этимъ совершенно не устраняется ея важность, какъ показателя правосознанiя на болѣе раннихъ ступеняхъ. Сфера распространенiя „подписки“ совпадаетъ даже не со сферой новгородскаго влiянiя, а исключительно съ далекимъ сѣверомъ и крайнимъ сѣверо-востокомъ. Ни въ самомъ Великомъ Новгородѣ, ни въ Устюжнѣ Желѣзнопольской, ни въ Торжкѣ, ни даже въ Вологдѣ мы въ 17 вѣкѣ не встрѣчаемъ „подписки“. Зато она часто попадаетъ въ Великомъ Устюгѣ ²⁾, въ Усольѣ ³⁾, въ Солнцкѣ ⁴⁾, въ нынѣшнемъ Чердынскомъ уѣздѣ ⁵⁾, во владѣнiяхъ Строгановыхъ ⁶⁾. Характерно, что послѣдняя извѣстная намъ закладная, упоминающая о „под-

¹⁾ Базановъ, Вотчинный режимъ въ Россiи, стр. 31.

²⁾ Акты Федотова Чеховскаго, 128.

³⁾ Ibidem, 131.

⁴⁾ Ibidem, 127.

⁵⁾ Цыдвинскiе акты (см. выше стр. 24, прим. 8).

⁶⁾ Доп. къ А. Н. II, 56, IV.

пискѣ“, относится къ 1783 г., т. е. писана черезъ 134 года послѣ Уложенія Царя Алексеѣя Михайловича и за 17 лѣтъ до изданія банкротскаго устава ¹⁾. Не можетъ быть никакого сомнѣнія, что въ этотъ періодъ терминъ „подписка въ вѣрѣ“, указывающій на поручительный характеръ залога, представлялъ уже только историческій пережитокъ. То-же самое явленіе въ большемъ масштабѣ имѣло мѣсто въ предыдущую эпоху. То, что мы застаемъ эти пережитки именно въ данномъ районѣ, объясняется исторически. Медленно текла жизнь сѣвера, медленно измѣнялся бытъ и медленно смѣнялись другъ друга понятія. Историки русской словесности отмѣчаютъ интересный фактъ, что только на сѣверѣ сохранились до позднихъ временъ общерусскія и даже специально-кѣвскія былины ²⁾; историки экономической жизни указываютъ, что на сѣверѣ до сихъ поръ удержались раннія формы крестьянскаго землепользованія ³⁾; неудивительно, что и въ области права движеніе шло на сѣверѣ медленнѣе, нежели въ другихъ частяхъ нашего отечества, что и въ этой области сѣверъ сохранилъ намъ до конца 18-го вѣка слѣды тѣхъ явленій, которыя были давно уже забыты на всемъ протяженіи Московскаго государства.

В. А. Удинцевъ указываетъ ⁴⁾, что терминъ „подписка въ вѣрѣ“ встрѣчается впервые въ актѣ 1630 года ⁵⁾. Можно было бы думать, что закладныя, содержащія это выраженіе, сохранились только отъ 17-го вѣка случайно; но просматривая цыдвинскіе акты, составляющіе по вопросу о „подпискѣ“ главный источникъ, мы придемъ къ другому выводу. Во всѣхъ ста-

¹⁾ Цыдвинскіе акты, № 20.

²⁾ О. Миллеръ, Опытъ историч. обзорѣнія русской народной словесности.

³⁾ А. Я. Ефименко, Крестьянское землевладѣніе на крайнемъ сѣверѣ (Ислѣд. народной жизни, вып. I).

⁴⁾ Исторія Займа, стр. 92.

⁵⁾ Акты города Романово-Борисоглѣбска, стр. 36.

рыхъ актахъ здѣсь говорится неопредѣленно: „подписаль“ и только съ половины 17-го вѣка ¹⁾ начинаютъ выражаться: „подписаль въ вѣрѣ“.

Откуда же происходитъ эта краткая форма „подписаль“, если дополненіе „въ вѣрѣ“ появилось лишь впослѣдствіи? Отвѣтъ мы найдемъ въ актахъ. Въ цитированной выше закладной 1563 г. ²⁾ сказано; „А въ серебрѣ и въ росту *подписали есмья... порукою* дворъ свой“. Въ неоднократно упомянутомъ договорѣ Ивана Строганова съ дядями говорится: „а давали имъ Василию и Якиму я Иванъ и съ сыномъ своимъ съ Даниломъ на себя кабалы съ зарядомъ, а *подписывали* во взятыхъ денгахъ и въ зарядѣхъ *въ поруки мѣсто* вотчины свои“; въ другомъ мѣстѣ того же договора: „а въ тѣхъ денгахъ язь Иванъ Строгановъ съ дѣтьми своими *подписывали* въ той кабалѣ:.... *въ поруки мѣсто* пять варницъ своихъ“. Происхожденіе понятія: „подписать вотчину“ отсюда ясно. Когда въ договорѣ вставляется условіе о поручительствѣ, поручитель, само собою понятно, долженъ подписать договоръ наравнѣ съ главнымъ должникомъ; когда же поручителемъ была вещь, ее „подписываль“ владѣлецъ, онъ „вводилъ“ ее въ свой долгъ. Поэтому, понятія „подписаль“ и возникшее отсюда „подписаль въ вѣрѣ“ служить несомнѣннымъ указаніемъ на представленіе о залогѣ, какъ о поручительствѣ вещи.

Едва ли мы ошибемся, если будемъ думать, что тѣмъ немногимъ, можно сказать, отрывочнымъ свидѣтельствамъ о залогѣ-поручительствѣ, какими мы располагаемъ изъ 16 и 17-го вѣковъ, должно было предшествовать болѣе широкое распространеніе этой формы. Даже въ періодъ своего полнаго развитія право Московскаго государства представляло тѣ-же условія, которыя способствовали развитію залога—поручительства въ

¹⁾ Раздѣльная 1645 г. (цыдвинскіе акты 5).

²⁾ А. Ю. 243, II.

Псковѣ. Большинство изслѣдователей признаетъ, что въ московскомъ правѣ отвѣтственность за долгъ падала, по общему правилу, исключительно на лицо, и самое взысканіе осуществлялось въ формѣ правежа и выдачи головою до искупа. Проф. Удинцевъ оспариваетъ этотъ взглядъ, полагая, что на всѣхъ ступеняхъ праворазвитія взысканіе по обязательству могло быть направлено на имущество должника ¹⁾. Не вдаваясь въ разрѣшеніе этого спора, необходимо только замѣтить, что въ правѣ Московскаго государства до 17-го вѣка взысканіе, во всякомъ случаѣ, не распространялось на недвижимость. До насъ дошло одно дѣло 1571 г. ²⁾, гдѣ отвѣтчикъ самъ ходатайствовалъ объ обращеніи взысканія на его недвижимое имущество; этотъ случай представился для судей настолько затруднительнымъ, что они удовлетворили ходатайство лишь послѣ царскаго разрѣшенія. Лишь въ 7-й статьѣ росписи статейнаго списка отъ 15-го января 1628 г. ³⁾ разрѣшено, въ случаѣ возможности, обращать взысканіе на дворы (по господствующей теоріи къ этому же моменту относится и разрѣшеніе обращать взысканіе на движимость). Относительно вотчинъ и помѣстій еще 21-го ноября 1628 года въ 9-й статьѣ росписи статейнаго списка ⁴⁾ на вопросъ „за которыми городскими людьми на Москвѣ дворовъ нѣтъ, а есть за ними въ городѣхъ вотчины и помѣстья, и на тѣхъ ихъ вотчинныхъ и помѣстныхъ крестьянѣхъ тѣ ихъ иски править посылать ли, или въ болшіе иски вотчины по цѣнѣ отдавать?“ послѣдовала резолюція: „По той статьѣ Государи указали: кто не учнетъ на правежѣ отстаиваться, и тѣхъ людей посылать въ вотчины и въ помѣстья, и велѣти править на людѣхъ ихъ и на крестьянѣхъ“.

¹⁾ См. выше, стр. 9, прим. 2 и 3.

²⁾ Ак. Археогр. Экспед. т. I, № 280.

³⁾ Указная книга земскаго приказа; см. Хрестоматию Владимірскаго-Буданова, вып. III, стр. 138—9.

⁴⁾ Указная книга земскаго приказа № XIII; см. *ibid.* стр. 147—8.

Только Уложение царя Алексѣя Михайловича разрѣшило обращать взысканіе на пустыя вотчины, и только въ 1685 году этотъ принципъ былъ распространенъ на всѣ недвижимыя имущества ¹⁾). Повидимому, съ этими фактами считался и проф. Удинцевъ, который нигдѣ не упоминаетъ, чтобы отвѣтственность по долгамъ распространялась и на недвижимыя имѣнія должника. Можно считать безспорнымъ, что въ московскомъ правѣ до 17-го вѣка обращеніе взысканія на вотчины, помѣстья и даже городскіе дворы должника не являлось общимъ принципомъ. Но, съ другой стороны, въ практикѣ мы встрѣчаемъ несомнѣнные случаи, гдѣ взысканіе было направлено на эти объекты. Такъ, въ отступной 1525 года ²⁾ вдова должника пишетъ, что „господинъ Даниль, митрополить всеа Руси, взялъ тое мужа моего отчинку себѣ за свои казенные денги“, и она обязуется этого способа взысканія не оспаривать. Какъ же примирить отсутствіе имущественнаго взысканія въ нормахъ права съ настойчивой потребностью въ такомъ взысканіи, заставлявшей, несмотря на все, проводить его въ жизнь? Повидимому, практика достигала этого примиренія путемъ частныхъ сдѣлокъ, гдѣ должникъ добровольно предоставлялъ кредитору удовлетвореніе изъ опредѣленнаго имущества. Если такая сдѣлка совершалась уже послѣ неисполненія договора, она являлась „отступной“; если она совершалась раньше, въ качествѣ способа обезпеченія договора, то имущество, служившее обезпеченіемъ, оказывалось въ положеніи „поруки“.

Нѣкоторыя изъ вышеприведенныхъ закладныхъ поручительнаго типа были извѣстны Д. И. Мейеру ³⁾. Но Мейеръ въ оцѣнкѣ этихъ актовъ исходилъ изъ

¹⁾ Ср. у проф. Владимірскаго-Буданова, Обзоръ Исторіи Русск. Пр., стр. 659.

²⁾ А. отн. до Юр. Б. 119, II.

³⁾ См. Юридич. Сборн. Мейера, статью его: „Древне-русское право залога“.

возврѣнія, что въ древне русскомъ правѣ характернымъ моментомъ залога является передача заложенной вещи во владѣніе кредитора. Поэтому, онъ отказывался признать значеніе закладныхъ за такими актами, по которымъ этой передачи владѣнія не происходило ¹⁾. „Залогъ — говоритъ Мейеръ — есть отчужденіе; переставая быть имъ, онъ перестаетъ быть и залогомъ“ ²⁾.

Едва ли можно согласиться съ этимъ взглядомъ почтеннаго ученаго. Мейеръ основываетъ его главнымъ образомъ на 2-хъ доказательствахъ: 1) на томъ, что въ актахъ „настоящій“ залогъ всегда соединяется съ передачей владѣнія, 2) на абстрактномъ соображеніи, что обезпеченіе долга вещь безъ отчужденія ея кредитору представлялось слишкомъ сложнымъ для неразвитаго правосознанія. Первое доказательство можно было приводить только въ то время, когда на него ссылался Мейеръ. Располагая ничтожнымъ количествомъ актовъ о залогѣ-поручительствѣ, онъ могъ разсматривать (и, дѣйствительно, разсматривалъ) эти акты, какъ исключенія, и, на этомъ основаніи, утверждать, что залогъ всегда выражался въ иныхъ формахъ. Но въ наше время, когда закладныя безъ передачи владѣнія насчитываются десятками, когда за понятіями о заложенной вещи, какъ о „порукѣ“ и „подписанной въ вѣрѣ“ признано значительное распространеніе даже тѣми учеными, которые не склонны придавать этимъ понятіямъ большого значенія ³⁾, такая аргументація привела бы къ логическому кругу: залогъ-поручительство не есть „настоящій“ залогъ, потому что съ послѣднимъ связана передача имущества; передачу имущества нужно считать неразрывно связанной съ залогомъ потому, что такъ бываетъ во всѣхъ „настоящихъ“ за-

¹⁾ Ibidem, стр. 253, 264 и слѣд.

²⁾ Ibidem, стр. 247.

³⁾ Ср. напр., у Базанова, Вотчинный режимъ въ Россіи стр. 31.

кладныхъ; этотъ законъ нужно признать общимъ для всѣхъ настоящихъ закладныхъ потому, что залогъ-поручительство предварительно исключенъ изъ этой группы. Позволительно сомнѣваться, чтобы подобная аргументація была убѣдительна. Понятіе о залогѣ, какъ о „порукаѣ“ и „подпискѣ въ вѣрѣ“ часто встрѣчается и въ такихъ закладныхъ, гдѣ имущество передавалось во владѣніе кредитора¹⁾. Исключать эти закладныя не представляется оснований даже съ точки зрѣнія Мейера; если же считать ихъ за „настоящія“, то поневолѣ придется считаться съ тѣмъ взглядомъ правосознанія на институтъ залога, который выраженъ, между прочимъ, и въ этихъ закладныхъ. Намъ еще придется вернуться ко взглядамъ Мейера по поводу дальнѣйшаго развитія залога. Пока же ограничимся указаніемъ, что народное правосознаніе, вопреки мнѣнію Мейера, считало „подписку въ вѣрѣ“ и „подписку въ поруки мѣсто“ правильнымъ залогомъ. Всѣ акты, говорящіе объ этихъ сдѣлкахъ, стороны сплошь и рядомъ называютъ „закладными кабалами“; въ текстѣ ихъ слова „подписаль“ и „заложилъ“ употребляются безразлично (въ одномъ актѣ даже сказано: „а въ тѣхъ деньгахъ заложилъ и подписаль я“²⁾; въ другомъ актѣ говорится: „заложили дворъ свой вмѣсто поруки“³⁾, а не, какъ обыкновенно, „подписали вмѣсто поруки“); наконецъ, какъ уже было упомянуто, въ актахъ, приведенныхъ у Федотова-Чеховскаго, залоговой характеръ признанъ судомъ.

Взглядъ Мейера, что въ сдѣлкахъ о залогѣ-поручительствѣ должникъ не создаетъ для кредиторовъ залоговаго права на вещь, а просто „указываетъ имъ, что у него есть имущество, есть съ чего искать“⁴⁾, встрѣ-

¹⁾ Напр., цыдвинскіе акты. № 3, 11, 15.

²⁾ Акты Федотова Чеховскаго, 128.

³⁾ А. отн. до Юр. Б., 126, X.

⁴⁾ Ср. также Побѣдоносцевъ, Курсъ гражд. пр., т. I, стр. 577.

тилъ серьезныя возраженія со стороны проф. Владимірскаго-Буданова. „Въ такомъ случаѣ—говорить этотъ авторитетный ученый ¹⁾—должникъ не специализировалъ бы имущества, отвѣчающаго по обязательству, не говорилъ бы, что именно это, а не всякое его имущество отвѣчаетъ по обязательству. Наименованіе заложенной вещи „порукою“ совершенно ясно указываетъ на залоговое состояніе ея“. Желая стать на точку зрѣнія своего противника, проф. Владимірскій-Будановъ не привелъ другого, быть можетъ, не менѣе важнаго возраженія: „простое указаніе“ кредитору на имущество (обыкновенно недвижимое), съ котораго можно взыскивать, пріобрѣтаетъ совершенно иной характеръ, когда оно является *условіемъ* для направленія взысканія на это имущество. Самъ Мейеръ въ другомъ мѣстѣ своей статьи утверждаетъ, что „отвѣтственность по неисполненію обязательствъ падала прежде исключительно на лицо обязанное“ ²⁾ и относитъ возникновеніе имущественной отвѣтственности лишь къ началу 17-го вѣка. Конечно, въ наше время оговорка въ контрактѣ, что „порукою въ этомъ долгу служить мнѣ мое имущество такое-то“, не имѣла бы никакого значенія, потому что и безъ такой оговорки всякое имущество лица отвѣчаетъ за его долгъ. Но въ то время, о которомъ идетъ рѣчь, подобная оговорка представляла реальную привиллегію, выдѣлявшую данное требованіе изъ числа другихъ при взысканіи, дававшую ему дополнительную, до извѣстной степени, экстраординарную гарантію. Если, согласно общепринятому взгляду, понимать подъ залогомъ особое обезпеченіе требованія опредѣленнымъ имуществомъ, то нужно будетъ признать „поруку-вотчину“ и „подписку въ вѣрѣ“ за истинный, несомнѣнный залогъ.

¹⁾ Обзоръ Ист. Русск. Пр., стр. 593.

²⁾ Юридич. Сборникъ, стр. 228.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Развитіе залога до 17-го вѣка.

Важность института залога въ практикѣ. Внутреннее различіе между поручительствомъ и залогомъ. Вліяніе этого различія на дальнѣйшее развитіе залога. „Земныя куны“. Вопросъ объ ограниченіи залогового взысканія по 31-ой статьѣ Псковской Судной Грамоты. Ограниченіе залогового взысканія по 104-ой статьѣ. Взглядъ на залогъ, какъ на обязательство вещи. Необезпеченность кредиторовъ. Сдѣлки, воспреещающія должнику отчужденіе и дальнѣйшій залогъ заложеннаго имущества. Очистка. Передача кредитору актовъ на имущество. Недостаточность этой мѣры. Необходимость передачи кредитору самаго имущества. Вліяніе крѣпостнаго права на развитіе залога съ передачей владѣнія. Акты о залогѣ въ 15-омъ и 16-омъ вѣкахъ (распредѣленіе залоговъ съ передачей и безъ передачи владѣнія). Взгляды на древне-русскій залогъ у Неволіна. Теорія Мейера. Разборъ теоріи Мейера: 1) необязательность передачи владѣнія; 2) передача пользованія „за ростъ“; 3) полная недоказанность передачи распоряженія. Значеніе формулы „за ростъ пахати (косити)“. Залогъ на неопредѣленное время („до кунъ“). Теорія Кассо о присвоеніи въ случаѣ просрочки, какъ характерной чертѣ древне-русскаго залога. Указанія памятниковъ на иные способы ликвидаціи залоговыхъ отношеній. Эволюція залога по теоріи проф. Базанова. Разборъ этой теоріи.

Тотъ процессъ образованія залога, слѣды котораго сохранились въ статьѣ 30-ой Псковской Судной Грамоты, въ хронологическомъ порядкѣ, вѣроятно, далеко предшествовалъ возникновенію этого памятника. Въ концѣ 14-го или половинѣ 15-го столѣтія, когда

старые псковские обычаи и законы были окончательно сведены въ одинъ кодексъ подъ именемъ Псковской Судной Грамоты, залогъ, повидимому, представлялъ уже болѣе или менѣе сложившійся институтъ. Можно думать, что распространеніе его въ Псковѣ было чрезвычайнаго великаго. Въ широкой псковской торговлѣ займы на сумму свыше рубля, составляли, несомнѣнно, очень частое явленіе; а такіе займы, согласно 30-ой ст., должны были обезпечиваться залогомъ. Въ самой Псковской Судной Грамотѣ 10 статей говорятъ о залогѣ¹⁾— число, которое покажется намъ очень большимъ, если мы вспомнимъ, что на протяженіи 120-ти статей умѣщены всѣ нормы матеріальнаго и процессуальнаго права, гражданскаго, торговаго и даже уголовнаго,

Такое значеніе залога въ практикѣ, конечно, не могло не отразиться на его дальнѣйшей судьбѣ. Было бы неестественно, еслибы этотъ институтъ, на который опирался почти весь кредитъ богатаго торговаго города, оставался долго въ томъ примитивномъ, въ сущности, довольно неопредѣленномъ положеніи, въ какомъ онъ рисуется намъ по актамъ о залогѣ-поручительствѣ. Въ самомъ дѣлѣ, междѣ поручительствомъ и залогомъ существуетъ важное различіе въ самой ихъ природѣ. Въ первомъ случаѣ обезпеченіе кредитора достигается путемъ подстановки, на случай неуплаты, второго отвѣтчика, съ котораго взысканіе производится по тому же принципу, т. е. въ видѣ личнаго взысканія; во второмъ случаѣ измѣняется самый способъ взысканія, и обезпеченіе достигается посредствомъ перенесенія отвѣтственности на опредѣленное имущество должника, т. е. посредствомъ подстановки новаго объекта удовлетворенія. Это различіе должно было получить особенное значеніе тамъ, гдѣ право ограничивало предѣлы личнаго взысканія. Поручительство здѣсь не могло быть использовано, какъ средство для количественнаго

¹⁾Статьи 14, 15, 28, 29, 30, 31, 43, 103, 104 и 107.

увеличенія кредита, потому что въ случаѣ неуплаты со стороны главнаго должника, когда взысканіе цѣлкомъ направлялось на поручителя, оно должно было ограничиваться тѣми-же количественными предѣлами, какими вообще ограничивалось личное взысканіе. И дѣйствительно, Псковская Судная Грамота постановляетъ въ ст. 33-ей: „А поруку быть до рубля, а болши не быти рубля“ ¹⁾. Такимъ образомъ, поручительство увеличивало только степень обеспеченности кредитора въ предѣлахъ суммы, по отношенію къ которой допускалось личное взысканіе, но оно не раздвигало границъ личнаго кредита, не увеличивало размѣра тѣхъ цѣнностей, которыя кредиторъ могъ спокойно отдать взаимы.

Въ иныхъ условіяхъ находился залогъ. Проводя принципъ имущественной отвѣтственности, создавая для кредитора новый объектъ удовлетворенія, залогъ по самой идеѣ своей не допускалъ опредѣленія размѣровъ долга никакой иной границей, кромѣ цѣнности заложеннаго имущества. Правило „вдачь не холопъ“, вызвавшее ограниченіе суммы въ области личнаго кредита, было совершенно непримѣнимо къ неодушевленнымъ предметамъ, составлявшимъ объектъ залога: въ этомъ случаѣ долгъ погашался при неуплатѣ не трудомъ должника, а цѣнностью вещи. Ни ограниченіе долга рублемъ въ Псковской Судной Грамотѣ, ни позднѣйшее ограниченіе 15-ю рублями въ московскомъ правѣ не распространялось на долги, обеспеченные залогомъ. Къ сожалѣнію, въ памятникахъ, которыми мы располагаемъ, не сохранилось псковскихъ актовъ того времени; но если мы обратимся къ актамъ соотвѣтственной эпохи въ Новгородѣ, то мы увидимъ залогомъ на громадныя по тому времени суммы. Такъ, въ одной духовной 14-го или 15-го вѣка ²⁾ мы встрѣчаемъ упо-

¹⁾ Хрестоматія, вып. I стр. 151.

²⁾ А. Ю. 409, VI.

минаніе о долгѣ въ „сорокъ рублевъ да сто и осмьдесятъ гривенъ“; въ другой духовной того-же времени говорится даже о долгѣ въ 120 рублей¹⁾. Если и не такіе громадныя, то, во всякомъ случаѣ, весьма значительныя долги по закладнымъ были, вѣроятно, и въ Псковѣ. Само собою понятно, что въ такихъ случаяхъ личная отвѣтственность должника, ограниченная рублемъ, отступала совершенно на задній планъ. Все обезпеченіе кредитора заключалось именно въ залогѣ. Давая деньги, онъ на этомъ залогѣ основывалъ свои расчеты; при неуплатѣ онъ искалъ удовлетворенія изъ его цѣнности. Залогъ становился центромъ тяжести кредитной сдѣлки. Изъ займа, въ которомъ имущество было „подписано въ поруки мѣсто“, она постепенно превращалась въ „закладную“; изъ положенія поручителя вещь должна была постепенно перейти въ положеніе главнаго должника. Въ новгородскихъ духовныхъ 14—15 вв. мы находимъ представленіе о залогѣ, какъ обязательствѣ вещи, вполнѣ уже сложившимся. Въ одной духовной, на которую указывалъ еще Н. Л. Дювернуа²⁾, говорится: „а невиновать есмь никому ничѣмъ, *ни моя земля*“; въ другой духовной³⁾ читаемъ: „а купныя грамоты той земли у Семена вси, а *невиноваты* Семену ничѣмъ же“; въ третьей⁴⁾ сказано: „дати ми Марьи брательни Левонтьеви дочери *земныхъ куна* 40 бѣль“; въ четвертой⁵⁾ содержится пунктъ: „А что куны дѣда моего Федора и отца моего Александровы, по дѣда моего рукописанью по Федорову и по отца моего рукописанью по Олександрову и по дѣда моего рукописанью по Федорову-же въ Волчей землѣ *на Телчыхъ на погостъ*. . . . а въ тѣхъ кунахъ приказываю

¹⁾ А. Ю. 409. I.

²⁾ А. Ю. 409. III; см. Дювернуа, Источники права и судъ въ др. Р., стр. 229.

³⁾ А. Ю. 409. IV.

⁴⁾ А. Ю. 409. VI.

⁵⁾ А. Ю. 409. I.

свою четверть дѣтемъ своимъ чисто“. Трудно думать, чтобы въ послѣднемъ случаѣ слова о долгѣ „на Телчяхъ на погостѣ“ слѣдовало понимать, какъ указаніе на долгъ общественнаго управленія: это было-бы толкованіе, слишкомъ сложное для финансовъ 14-го вѣка. Вѣроятнѣе предположеніе, что здѣсь рѣчь идетъ о долгѣ „на погостѣ“ въ смыслѣ долга, обезпеченнаго погостомъ, какъ землей, какъ объектомъ залога. Предположеніе о залоговомъ характерѣ этого долга находитъ себѣ косвенное подтвержденіе и въ самой его продолжительности: трудно допустить, чтобы въ 14-омъ вѣкѣ долговья отношенія, не обезпеченныя залогомъ, могли просуществовать въ теченіе 3-хъ поколѣній.

Всѣ эти акты служатъ весьма яркой иллюстраціей возрѣнія на залогъ, какъ на обязательство вещи. Въ послѣднемъ случаѣ залогодатель даже не названъ. Куны „на Телчяхъ на погостѣ“, это „земныя куны“. Главнымъ должникомъ является земля; это она „виновата“ залогодержателю. Быть можетъ, отголосокъ этого возрѣнія нужно видѣть въ одной московской закладной 1579-го года ¹⁾, гдѣ залогодатель пишетъ: „А порукою по своемъ дворѣ поимался язь протодьяконъ Никита да соборной священникъ Романъ Артеміевъ сынъ, во очищенѣ, *въ кабалномъ дому* и въ записѣхъ“. Здѣсь отношеніе прямо противоположное тому, которое мы наблюдаемъ на первой стадіи; уже не вещь является „порукою“ заемщика, а, наоборотъ, вещь стала главнымъ должникомъ, заемщикъ-же—поручителемъ „въ кабалномъ долгу“.

Въ московскомъ правѣ второй половины 16-го вѣка такое обратное поручительство было возможно. Но трудно собѣ представить его въ Псковѣ, гдѣ сначала нормы обычнаго права, а потомъ 33 ст. Псковской Судной Грамоты ограничивали поручительство долгами на сумму не свыше рубля, не подвергая за-

¹⁾ А. Ю. 249.

лога аналогичному ограниченію. Разъ центромъ тяжести долгового отношенія стало заложенное имущество, разъ передъ кредиторомъ было „виновато“ оно, личное участіе должника сводилось на нѣтъ.

Еще Н. Л. Дювернуа обратилъ вниманіе на одну статью Псковской Судной Грамоты, находящуюся въ непосредственной связи съ этимъ явленіемъ. Мы говоримъ о статьѣ 31: „кто на комъ иметъ сочити ссуднаго серебра по доскамъ, а сверхъ, того и закладъ положить на него платной, или доспѣхъ или конь, или иное што назрячее и животное, а тотъ закладъ того серебра не судить, чего ищеть, отопрется своего закладу, а молвить такъ: оу тебе есми того не закладаль, а оу тебе есми не вzialмалъ ничегожъ; ино кто ищеть, тому чelовѣку тѣмъ закладомъ владѣть, а тотъ правъ, на комъ сочатъ“¹⁾. По поводу этой статьи мнѣнія ученыхъ расходятся. Н. Л. Дювернуа²⁾ и Л. А. Кассо³⁾ видятъ въ ней ограниченіе взысканія залогодержателя однимъ только заложеннымъ объектомъ; напротивъ, М. Ф. Владимірскаій-Будановъ⁴⁾ и В. А. Удинцевъ⁵⁾ усматриваютъ здѣсь только постановленіе процессуальнаго характера на случай сомнѣнія, дѣйствительно-ли данная вещь есть залогъ или она составляетъ собственность кредитора.

Однако, послѣднее толкованіе, при всей своей стройности и остроуміи, невольнo вызываетъ нѣкоторое сомнѣніе. Еслибы здѣсь, въ самомъ дѣлѣ, возникло сомнѣніе въ принадлежности вещи и въ существованіи договора займа, то почему такое механическое рѣшеніе, а не разрѣшеніе спора по существу? У насъ имѣется приблизительно одновременный памятникъ менѣ развитаго московскаго права, гдѣ на случай от-

¹⁾ Хрестоматія, вып. I, стр. 150.

²⁾ Источники права и судъ, стр. 229—230.

³⁾ Понятіе о залогѣ, стр. 285.

⁴⁾ Хрестоматія, вып. I, стр. 150—151, прим. 83.

⁵⁾ Исторія Займа, стр. 106—107.

рицанія долга залогодержателю общается „судъ взятъ“¹⁾; въ самой Псковской Судной Грамотѣ въ не менѣ сложныхъ случаяхъ 29-ой и 32-ой статьи судъ долженъ постановить рѣшеніе по существу²⁾; почему же только въ случаѣ, предусмотрѣнномъ 31-ой статьёй, Гордіевъ узелъ не развязывается, а разрубается?

Съ другой стороны, нельзя не замѣтить, что въ Псковской Судной Грамотѣ имѣется общее правило объ искахъ изъ залога. Это правило выражено въ статьяхъ 28-ой и 29-ой³⁾. Первая предусматриваетъ искъ кредитора о „съсудномъ серебрѣ“, вторая—искъ должника о недѣйствительности залога. Въ обоихъ случаяхъ кредитору предоставляется выборъ, присягать-ли ему самому или предоставить присягу должнику. Проф. Владимірскаго-Будановъ и проф. Удинцевъ полагаютъ, что какъ та, такъ и другая статья нормируютъ частные случаи: именно, 28 ст.—случай, когда должникъ утверждаетъ, что долгъ уже уплаченъ, а 29—когда должникъ отрицаетъ самое возникновеніе долга⁴⁾. Но текстъ обѣихъ статей едва-ли даетъ достаточныя основанія видѣть въ нихъ частныя правила. Ст. 28-ая гласитъ: „А кто на комъ иметь сочити съсуднаго серебра по доскамъ, а сверхъ того и закладъ положить, ино воля того человѣка, кто иметь серебра сочити по закладу: хочеть самъ поцелуеть, да свое серебро возметъ, а хочеть закладъ ему оу креста положить, і онъ поцѣловавъ да свой закладъ возметъ“. Въ редакціи этой статьи, кажется, нѣтъ ничего такого, что-бы дало основаніе думать, что здѣсь рѣчь идетъ о частномъ случаѣ. Наоборотъ: для древняго права, привыкшаго

¹⁾ Собр. гос. гр. и дог. т. I, № 60, договоръ 1440 г. вел. кн. Василя Василевича съ Дмитріемъ Шемякой и Василюмъ Косымъ

²⁾ Хрестоматія I, стр. 149 и 151.

³⁾ Хрестоматія I, стр. 148—9.

⁴⁾ Хрестоматія I, стр. 148—50 прим. 79 и 80; Исторія Займа, стр. 107.

къ казуистическому изложенію, она прямо поражаетъ своей абстрактностью. Она предусматриваетъ въ самой общей формѣ искъ кредитора по залогу, и едва-ли не будетъ правильно видѣть въ ней общій законъ о подобномъ искѣ. То-же самое относится и къ 29-ой ст. Это—общій законъ объ искѣ должника, домогающагося уничтоженія судомъ залоговыхъ отношеній. Если у кредитора имѣется доска на закладъ, то вопросъ представляется яснымъ; „а . . . не будетъ доски на закладъ, ино его въ томъ не повинити, нять вѣра ему, кто закладъ выложить, въ чемъ скажетъ, да судомъ судить на того волю, кто закладъ выложить: хочить самъ поцелуетъ на своемъ серебри, или оу креста ему положить, и, поцеловавъ, да свой закладъ возьметъ“.

Итакъ, по общему принципу Псковской Судной Грамоты, споры по искамъ изъ залога рѣшаются, независимо отъ положенія сторонъ въ процессѣ, присягой кредитора или, по его желанію, присягой должника¹⁾. Одна только 31-ая статья составляетъ исключеніе; и нельзя не признать, что съ чисто-процессуальной точки зрѣнія это исключеніе является недостаточно мотивированнымъ. Вѣдь и здѣсь кредиторъ, какъ въ 28-ой статьѣ, „иметь сочити ссуднаго серебра по доскамъ, а сверхъ того и закладъ положить“; почему-же его правомочія оказываются ограниченными не только по сравненію съ 28-ой ст., но даже по сравненію съ 29-ой, гдѣ онъ выступаетъ въ менѣе выгодномъ по древнему праву положеніи отвѣтчика и, притомъ, не имѣетъ доски?

Повидимому, основаніемъ для такого ограниченія является матеріальное объективное условіе, предпола-

¹⁾ Тотъ-же принципъ мы встрѣчаемъ и въ ст. 107, также предусматривающей споръ изъ залога. Здѣсь „судъ . . . на три воли тому челоуѣку, на комъ сочатъ (залогодержателю): захочетъ самъ поцелуетъ, какъ за нимъ заклада не будетъ, или ему закладную цѣну цѣбною положить оу креста, или съ нимъ на поле лѣзетъ“. См. Хрестоматія I, стр. 182.

гаемое 31-ой ст.: „а тотъ закладъ того серебра не судить, чего ищетъ“. Въ статьяхъ 29-ой и 30-ой закладъ „судить серебро“, и взысканіе кредитора направлено исключительно на ту вещь, держателемъ которой онъ является. Этимъ, вѣроятно, и объясняется его привилегированное положеніе на судѣ. Иное дѣло въ случаѣ, предусмотрѣнномъ 31-ой статьей. Здѣсь закладъ серебра не судить; взысканіе направлено не только на вещь, но также на личность должника. Естественно, что прежнее положеніе сторонъ на судѣ не можетъ найти себѣ мѣста въ этомъ случаѣ.

Но даже съ этой оговоркой едва-ли можно разсматривать 31-ую статью, какъ норму процессуальную. Если-бы перемѣна въ юридическомъ положеніи сторонъ была только процессуальная, то мы встрѣтили-бы здѣсь не абсолютный отказъ въ той долѣ иска, которая превышаетъ цѣнность заложеннаго имущества, а просто другія, менѣе выгодныя для кредитора, судебныя доказательства (напримѣръ, поле, или въ крайнемъ случаѣ, присягу должника¹). Не то мы видимъ на дѣлѣ. Отреченіе должника отъ своего заклада предполагается естественнымъ, нормальнымъ слѣдствіемъ его сравнительной малоцѣнности. Конечно, если должникъ желаетъ уплатить, то его добрая воля признать закладъ своимъ. Но если онъ отречется отъ заклада, то отъ него не требуется никакихъ доказательствъ, не требуется даже присяги: въ извѣстной части иска должно быть безусловно отказано. Едва ли можно признать такую норму чисто-процессуальной. Процессуальный эле-

¹) Въ такомъ смыслѣ рѣшаетъ вопросъ итальянское средневѣковое право. См. напр. Cons. Messan. 41: „Si quaestio de quantitate debiti inter debitorem et creditorem orta fuerit, usque ad pignoris valorem, sacramento creditoris pignori incumbentis statatur, nisi debitor per testes contrarium probet. De residuo jurat debitor, nisi creditor legitime probet“. Такія же постановленія въ Cons. Panhorm. 53, Patti 65, Sparani 17. Cp. Maffei, Institutioni, t. III p. 111 и Pertile, Storia del diritto italiano, t. IV p. 517.

ментъ въ ней, несомнѣнно, имѣется, но въ основѣ своей она, все-таки, принадлежитъ матеріальному праву¹⁾, Позволительно думать вмѣстѣ съ Дювернуа и Кассо, что здѣсь мы имѣемъ ограниченіе ответственности залогодателя однимъ заложеннымъ объектомъ.

Такой взглядъ на значеніе 31-ой статьи подтверждается косвенно ея мѣстомъ въ Псковской Судной Грамотѣ. Съ этой точки зрѣнія становится понятной связь 31-ой ст. съ предшествующей 30-ой. Какъ мы видѣли²⁾ смыслъ 30-ой статьи состоитъ въ ограниченіи личнаго взысканія рублемъ; для долговъ свыше рубля должно быть установлено имущественное взысканіе посредствомъ залога. Какъ-же быть въ томъ случаѣ, когда, на основаніи залога, договоръ заключенъ на большую сумму, а между тѣмъ „тотъ закладъ того серебра не судить“ и, слѣдовательно, цѣль установленія имущественнаго взысканія не достигнута? Римское право, предоставляя вообще кредитору выборъ между личнымъ и вещнымъ искомъ, разрѣшало этотъ вопросъ въ смыслѣ дополнительнаго взысканія съ должника; но въ псковскомъ правѣ, гдѣ личный кредитъ былъ ограниченъ тѣсными рамками, гдѣ лишь благодаря существованію обезпечивающаго залога былъ возможенъ и дѣйствителенъ обезпечиваемый договоръ, разрѣшить дополнительное взысканіе значило-бы превратить залогъ изъ объекта удовлетворенія въ судебное доказательство. И Псковская Судная Грамота остается послѣдовательной: запрещая въ 30-й статьѣ займы свыше рубля безъ залога, она въ 31-ой статьѣ постановляетъ, что такіе займы пользуются судебной защитой лишь въ предѣлахъ цѣнности залога. Эта статья логически дополня-

¹⁾ Ограниченіе взысканія по залоговой сдѣлкѣ, вообще, имѣетъ значительную примѣсь процессуальнаго элемента. Характерно, что и въ наше время это ограниченіе нашло себѣ мѣсто въ системѣ Свода Законовъ въ числѣ процессуальныхъ нормъ, именно въ 315 ст. Пол. о Взыск. Гр. изд. 1892 г.

²⁾ Стр. 16—19.

еть 30-ую. Обѣ статьи объединены одной общей идеей —ограниченіемъ взысканія. Первая ограничиваетъ взысканіе по личнымъ долгамъ, устанавливая для него предѣлъ въ рубль; вторая ограничиваетъ взысканіе по вещнымъ долгамъ, дозволяя его лишь въ предѣлахъ цѣнности вещи¹).

В. А. Удинцевъ выдвигаетъ противъ этого взгляда то возраженіе, что 2 статьи Псковской Судной Грамоты, 28-ая и 31-ая, говорятъ объ искѣ залогового кредитора, давая этимъ основаніе предполагать, что залогодержатель могъ требовать уплаты, а не только взять удовлетвореніе изъ заложенного предмета²). И дѣйствительно, какъ та, такъ и другая статья начинаются словами: „кто на комъ иметъ сочити ссуднаго серебра по доскамъ, а сверхъ того и закладъ положить“; въ 28-ой ст. кредиторъ: „поцелуетъ, да свое серебро возметъ“. Къ сожалѣнію, Псковская Судная Грамота не объясняетъ точнѣе, какой искъ здѣсь имѣется въ виду. Если понимать 31-ую ст. въ томъ смыслѣ, какъ было изложено выше, то она даетъ основаніе думать, что это былъ именно искъ объ удовлетвореніи изъ заложенного имущества. Какъ уже было неоднократно указано въ литературѣ вопроса, Псковская Судная Грамота безусловно не требуетъ передачи закладываемого имущества въ руки кредитора. Слѣдовательно, независимо отъ вопроса, имѣлъ-ли вообще кредиторъ право удовлетвориться безъ суда, бывали положенія, когда искъ представлялъ единственный способъ для защиты его интересовъ. Съ другой стороны, предоставленіе залоговому вѣрителю иска могло быть обусловлено и системой взысканія. Быть можетъ, въ торговомъ городѣ

¹) Проф. Удинцевъ (Ист. Займа стр. 107) полагаетъ, что 30 ст. „перебиваетъ“ рядъ процессуальныхъ нормъ. Конечно, такое предположеніе для древняго права вполне допустимо; но было-бы, кажется, предпочтительнѣе объяснить систему Псковской Судной Грамоты инымъ способомъ.

²) Исторія Займа, стр. 107.

съ его развитымъ рыночнымъ хозяйствомъ имѣла мѣсто не только оцѣнка заложеннаго имущества судомъ (которая явно предполагается въ 31-ой статьѣ), но даже взысканіе путемъ продажи залога. По крайней мѣрѣ, на эту мысль наводитъ 104-ая статья Псковской Судной Грамоты¹⁾. Эта статья гласитъ: „А которыхъ ищцы вымоутъ на оумершаго закладъ, грамоты двои или трои или пятеры на одну землю или на воду или на одинъ дворъ или и на одну клѣть.... ино имъ правда давши, да дѣлятъ по деломъ і по серебру, колко серебра, ино и доля ему по тому числу. Ожъ ближнее племя восхошетъ закладъ выкупить....“ и т. д. „Одну землю или воду“ еще можно раздѣлить между кредиторами въ натурѣ; но какъ раздѣлить въ натурѣ „одинъ дворъ“ или, тѣмъ болѣе, „одну клѣть“? Само собою напрашивается предположеніе, что раздѣлъ происходилъ посредствомъ продажи и дѣлежа вырученной суммы²⁾.

Эта-же 104-ая статья можетъ служить подтвержденіемъ взгляда, что Псковская Судная Грамота допускаетъ лишь ограниченное взысканіе залогового кредитора. По статьямъ 14-ой и 15-ой Псковской Судной Грамоты³⁾ кредиторъ, имѣющій закладъ, можетъ свободно искать не только на „ближнемъ племени“, т. е. законныхъ наслѣдникахъ умершаго, но даже на завѣщательныхъ наслѣдникахъ; право искать на ближнемъ племени, согласно 15-ой ст., принадлежитъ всѣмъ кредиторамъ. Если предположить со стороны залогового кредитора личный искъ о долгѣ, то окажется рѣзкое

¹⁾ Хрестоматія I, стр. 179—180.

²⁾ Институтъ принудительной продажи не былъ чуждъ псковскому праву. Это доказываетъ ст. 84 Псковской С. Гр.; позволяющая господину для взысканія своей покруты „животь изорничъ попродавать“ (Хрест. I стр. 172). Что въ Псковѣ въ эпоху Псковской С. Гр. уже существовало представленіе объ объективной цѣнѣ, это видно изъ ст. 107, гдѣ говорится о „закладной цѣнѣ“ въ смыслѣ цѣны заложенной вещи (Хрест. I стр. 181—182).

³⁾ Хрестоматія I, стр. 141—142.

противорѣчіе между этими статьями и статьей 104-ой, предоставляющей выкупъ заклада на волю ближняго племени. Одно изъ двухъ: или кредиторъ можетъ требовать отъ наслѣдниковъ уплаты, а не только удовлетворенія изъ заложеннаго имущества, но тогда нужно признать, что онъ можетъ принудить наслѣдниковъ къ выкупу, и слова: „оужъ ближнее племя *восхоцетъ* закладъ выкупить“ теряютъ смыслъ; или выкупъ составляетъ не обязанность, а право наслѣдниковъ, но тогда кредиторъ при нежеланіи наслѣдниковъ выкупить можетъ удовлетвориться только изъ заложеннаго имущества. Съ точки зрѣнія ограниченной отвѣтственности залогодателя эти статьи вполне гармонируютъ: залоговой кредиторъ можетъ привлечь въ качествѣ отвѣтчика всякаго наслѣдника (ст. 14 и 15), но требовать удовлетворенія онъ можетъ только изъ заложеннаго имущества (ст. 31), а въ случаѣ конкурса нѣсколькихъ залоговъ—изъ соотвѣтственной доли (ст. 104).

Такимъ образомъ, и Псковская Судная Грамота, и новгородскіе акты, и нѣкоторые московскіе позволяютъ думать, что на извѣстной стадіи своего развитія залогъ понимался народнымъ правосознаніемъ, какъ обязательство вещи. Вещь становилась главнымъ должникомъ въ залоговой сдѣлкѣ; самый принципъ залога, какъ долга, вооруженнаго имущественнымъ взысканіемъ, былъ діаметрально противоположенъ принципу личнаго долга. И мало-по-малу, шагъ за шагомъ, лицо выходило изъ залогового обязательства. Въ неоднократно цитированной закладной Ивана Строганова¹⁾ еще говорится: „а будетъ язъ . . . съ порукою своею вотчиною . . . тѣхъ денегъ . . . не заплатимъ . . .“, но въ другомъ мѣстѣ того-же договора съ дядями онъ пишетъ уже: „мнѣ Ивану . . . платить тѣ жъ денги . . . вотчиною своею“. Все отношеніе переносилось на вещь. Псковская Судная Грамота засвидѣтельствовала намъ

¹⁾ Доп. къ А. II, т. II, № 56, IV.

этотъ процессъ опредѣленными правовыми нормами; но онъ настолько вытекалъ изъ общихъ условій древне-русскаго быта и древне-русскаго права, что едва-ли мы ошибемся, если будемъ считать его общимъ для всей Русской Земли.

Само собою понятно, что при такомъ положеніи судьба имущества, служившаго единственнымъ обезпеченіемъ долга, была для кредитора далеко не безразлична. Залогъ-поручительство не только оставлялъ имущество въ фактическомъ распоряженіи должника, но даже не устанавливалъ для этого распоряженія никакихъ юридическихъ границъ. Въ результатѣ, не говоря уже о возможности отчужденія должникомъ заложенного имущества, легко могло возникнуть стеченіе нѣсколькихъ залоговыхъ требованій, которое и предусматривается 104-ой статьей Псковской Судной Грамоты. А между тѣмъ, понятіе о приоритетѣ по времени возникновенія едва-ли могло существовать на первыхъ стадіяхъ развитія этого института, когда представленіе о его вещномъ характерѣ еще только начинало выработываться. Мы видѣли выше ¹⁾, что ст. 104 Псковской Судной Грамоты рѣшаетъ коллизію въ смыслѣ равноправія всѣхъ залоговъ, независимо не только отъ времени возникновенія, но даже отъ наличности „записи“ у однихъ кредиторовъ и отсутствія ея у другихъ. Съ другой стороны, кредиторы, вѣроятно, оставались совершенно незащитными и противъ недобросовѣстнаго отчужденія должникомъ заложенного имущества.

Разумѣется, при широкой практикѣ залога вѣрителямъ было трудно примириться съ такимъ полнымъ отсутствіемъ юридическихъ гарантій. Залогъ въ этой формѣ носилъ въ самомъ себѣ зародыши дальнѣйшей эволюціи. Частныя сдѣлки начинали устанавливать разныя гарантіи, практика все болѣе привыкала къ нимъ и, мало-по-малу, онѣ становились достояніемъ

¹⁾ Стр. 22.

обычнаго права. Еще Н. Л. Дювернуа ¹⁾ упоминаетъ объ одной закладной, гдѣ говорится: „а у людей тебѣ кунъ не имати на тую землю . . . а если возьмешь у другихъ куну, то земля та идетъ намъ въ вѣкъ“ ²⁾. Такихъ закладныхъ, ограничивающихъ должника въ распоряженіи, можно привести нѣсколько. Такъ напри- мѣръ, мы знаемъ одну закладную 1499 года, гдѣ по- становлено: „а у людей Уласью кунъ не имати на тую землю, ино та земля Святому Николи и въ вѣки въ тѣхъ кунахъ“ ³⁾; въ процессѣ 1534 года между Шара- помъ Баскаковымъ и Троицкимъ Махрицкимъ мона- стыремъ ⁴⁾ приведена закладная, содержащая условіе: „а oprичъ . . . нгумена Юны съ братьею . . . намъ не продати ни заложити никому“, и какъ стороны на судѣ, такъ и судья (кн. Шуйскій) въ правой гра- мотѣ выдвигаютъ этотъ моментъ на первый планъ, на- зывая весь актъ „зарядною, что мимо ихъ того селца и деревни не продати“; вѣроятно, къ этому-же разряду актовъ нужно отнести запись 1643—4 года о непродажѣ пустоши „мимо Богородицы и святѣйшаго патріарха“ ⁵⁾, гдѣ говорится: „а будетъ мы тое свою деревню Новинки мимо святѣйшаго патріарха кому иному продадимъ или отдадимъ, и та продажа или от- дача ни во что“; наконецъ, такое же условіе съ тѣми же послѣдствіями неисполненія содержится въ одной изъ закладныхъ Строганова ⁶⁾.

Однако, эти послѣднія сдѣлки, относящіяся къ весьма позднему времени, отличаются одной значитель- ной особенностью. Послѣдствія, которыя онѣ устанав- ливаютъ на случай неисполненія, принадлежатъ уже не обязательственному праву, а вещному. Здѣсь не

¹⁾ Источники права и судъ, стр. 282.

²⁾ Описаніе Государственнаго Архива, стр. 232.

³⁾ А. Ю. 234.

⁴⁾ А. отн. до Юр. Б. 52. IV.

⁵⁾ А. отн. до Юр. Б. 115.

⁶⁾ Доп. къ А. Н. II, 56, IV.

просто возлагается на обязавшагося „очистка“ заложенного имущества, а карается недѣйствительностью самая сдѣлка, совершенная въ нарушение интересов залогодержателя. Здѣсь для управомоченнаго лица установлено *droit de suite*; а оно могло возникнуть лишь тогда, когда „вещныя“ и „личныя“ права уже нѣсколько дифференцировались, когда за актами по имуществу объективное право стало признавать „вещный“ характер. *Droit de suite*, вообще, не было чуждо развитому московскому праву. Намъ еще придется говорить объ одномъ указѣ Іоанна IV' отъ 11-го января 1558 года ¹⁾; пока-же замѣтимъ вскользь, что этимъ указомъ допускалось въ частномъ случаѣ *droit de suite* для залоговыхъ кредиторовъ ²⁾. Несомнѣнно, однако, что всѣ эти явленія возникли въ московскомъ правѣ тогда, когда оно уже стояло на довольно высокой ступени развитія. На первыхъ порахъ обязательство должника никому иному не продавать и не закладывать вещи должно было порождать для кредитора не *droit de suite*, а только право требовать очистки и личный искъ, вытекающій изъ этого права. Общаніе должника „отъ правезу не отыматись“ ³⁾—вотъ все, что обезпечивало кредитора въ случаѣ недобросовѣстности. Почти во всѣхъ позднѣйшихъ закладныхъ мы встрѣчаемъ условіе, что залогодатель обязывается очищать имущество и, въ случаѣ отнятія залога постороннимъ лицомъ, долженъ возмѣстить кредитору всѣ убытки ⁴⁾.

Конечно, такая гарантія представлялась совершенно неудовлетворительной. Институтъ залога возникъ,

¹⁾ Указная книга вѣдомства казначеевъ, IX. См. Хрестоматія III, стр. 18 и Хитрово, Законодательные Памятники 16 и 17 столѣтій, стр. 187—9.

²⁾ „... та вотчина у того купца взяти, да отдати тому, у кого она въ закладѣ была“.

³⁾ А. Ю. 243, I и II.

⁴⁾ Напр. А. Ю. 234, 241, 249, закладная, приведенная у Базанова (Вотчинный режимъ въ Россіи, стр. 35—6, прим. 77) и мн. др.

какъ результатъ потребности въ перенесеніи взысканія съ лица на имущество; между тѣмъ, на дѣлѣ имущественное взысканіе оказывалось въ зависимости не только отъ первоначальнаго согласія должника, но также отъ его добросовѣстности во все время существованія договора. При *mala fides* кредиторъ могъ искать не только долговой суммы, но и убытковъ; но зато его искъ былъ только личнымъ, и вмѣсто удовлетворенія изъ заложеннаго имущества нормальнымъ средствомъ взысканія становился правежъ.

Само собою понятно, что развитие залога не могло остановиться на этой стадіи. Лишенные необходимой юридической защиты, которая была затруднительна для мало-развитого права, кредиторы, естественно, должны были искать гарантіи въ отнятій у должника фактической возможности распоряжаться во вредъ имъ заложеннымъ имуществомъ. Еще Н. Л. Дювернуа замѣтилъ одну такую гарантію: кредитору передавались вмѣстѣ съ актомъ о залогѣ также и тѣ акты, по которымъ должникъ владѣлъ закладываемымъ имуществомъ ¹⁾. Въ цитированной закладной 1499-го года ²⁾ „старую грамоту той земли Уласей выдалъ Святому Николи“; въ одной закладной 1550-го года ³⁾ залогодатель пишетъ: „а старыя еси кабалы и запись очищелную, что у меня взяты на князя Григорья (прежняго владѣльца) отдалъ старцю-жъ Никодиму“ ⁴⁾; въ новгородской духовной 14—15 вѣка ⁵⁾ завѣщатель, перечисляя „гдѣ ми

1) Источники права и судъ, стр. 231.

2) А. Ю. 234.

3) А. Ю. 241.

4) То-же самое мы встрѣчаемъ въ нѣкоторыхъ закладныхъ 17 вѣка. Напр., въ закладной 1628 г. (А. Ю. 254) залогодатель пишетъ: „да и сдаточную запись и межевалную память, что своєю вотчины далъ мнѣ Сила Вешняковъ сынъ Ивановъ, съ сею закладною въ домъ Живоначальной Троицы и великимъ Чюдотворцемъ Сергію и Никону выдалъ“. Но эта закладная вызываетъ нѣкоторыя сомнѣнія, о которыхъ упомянемъ въ другомъ мѣстѣ.

5) А. Ю. 409, 1.

что взять“, говорить: „у Филиппа Яскоминава три рубля, а грамота въ закладѣ“. Д. И. Мейеръ полагаетъ, что въ этомъ послѣднемъ актѣ слова „грамота въ закладѣ“ не могутъ быть понимаемы въ буквальномъ смыслѣ¹⁾. По его мнѣнію, залогъ права, осуществляемый въ видѣ заклада документа, представляетъ слишкомъ сложную сдѣлку для древняго правосознанія. Поэтому, Мейеръ полагаетъ, что въ приведенномъ случаѣ грамота „заложена“ въ смыслѣ „затеряна“, и самая „грамота“ есть ничто иное, какъ документъ о долгѣ. Съ этимъ воззрѣніемъ согласиться трудно. Прежде всего, источники нигдѣ не называютъ заемнаго документа грамотой: его обычное названіе—кабала (въ Псковской Судной Грамотѣ—доска); наоборотъ, грамотами всегда называются (кромѣ правительственныхъ актовъ) акты о владѣніи землей. Поэтому, мы встрѣчаемъ въ памятникахъ выраженія: „владѣть по грамотамъ“, „грамота той земли“, „купная грамота“, но никогда не встрѣтимъ ни „заемной грамоты“, ни даже „закладной грамоты“²⁾. Къ сожалѣнію, Мейеръ въ своей работѣ не пользовался Псковской Судной Грамотой; а между тѣмъ, 29-ая ст. этого памятника категорически опровергаетъ мнѣніе, что грамота не могла служить объектомъ залоговой сдѣлки. Статья эта гласитъ: „А которой человекъ кому закладъ положить въ чемъ, *грамоты* или иное што...“ Такимъ образомъ, несомнѣнно, что въ Псковѣ на грамоту могъ существовать закладъ³⁾; и нѣтъ, кажется,

¹⁾ См. его цитир. статью въ Юридич. Сборн.

²⁾ Кассо (Понятіе о залогѣ, стр. 283) понимаетъ выраженіе 104 ст. Псковской С. Гр. „заклад грамоты“ въ смыслѣ „закладныя грамоты“. Но такое толкованіе опровергается самымъ текстомъ 104 ст., гласящей дальше: „а у которыхъ истцовъ будутъ сверхъ того и записи, и на того умершаго, и на его закладъ...“. Разъ „заклад грамота“ не сливается съ „записью на закладъ“, то, очевидно, это не есть „закладная грамота“.

³⁾ Къ этому выводу приходятъ (хотя, впрочемъ, по поводу 104-й статьи) Владимірскій-Будановъ (Хрестоматія, изд. 2, вып. I, стр. 169), Энгельманъ (Систематическое изложеніе гражд. законовъ Пск. С. Гр., стр. 49) и Устряловъ (Исслѣдованіе Псковской С. Гр., стр. 42).

никакихъ основаній отрицать возможность аналогичной сдѣлки въ другихъ мѣстностяхъ, особенно въ Новгородѣ.

Какое-же правоотношеніе создавалось подобной сдѣлкой? Былъ-ли это, дѣйствительно, сложный закладъ документа, или-же это былъ залогъ недвижимости, осуществляемый въ формѣ заклада актовъ на недвижимость? Отвѣтомъ можетъ служить неоднократно цитированная ст. 104 Псковской Судной Грамоты. Статья эта предусматриваетъ случай, когда нѣсколько кредиторовъ „вымоутъ на оумершаго закладъ, *грамоты* двои или трои или пятеры на одну землю или воду, или на одинъ дворъ, или и на одну клѣть“, а во второй части своей говоритъ о выкупѣ со стороны „ближняго племени“ заложенаго *имущества*, называя послѣднее также „закладомъ“. Повидимому, Мейеръ былъ правъ, утверждая, что закладъ документа, какъ представителя извѣстнаго права, былъ слишкомъ сложной сдѣлкой для древняго правосознанія; но если мы, тѣмъ не менѣе, встрѣчаемъ закладъ документовъ въ памятникахъ, то это потому, что документъ выступаетъ здѣсь въ качествѣ представителя недвижимаго имущества. Закладывался не документъ, не абстрактное право на вещь, а сама вещь, которою должникъ владѣлъ по этому документу¹⁾. Но документъ при этомъ передавался кредитору; въ этомъ документѣ состояло его обезпеченіе противъ недобросовѣстности должника, и этотъ-же документъ служилъ доказательствомъ залога на судѣ²⁾; словомъ, благодаря ему залоговой вѣритель становился залогодержателемъ. Въ одной новгородской духовной³⁾ мы встрѣчаемъ слова: „купныя грамоты той земли у

1) Подтвержденіемъ можетъ служить выраженіе 104-ой ст. Пск. С. Гр.: „да дѣлать по деломъ и по серебру“, употребленное въ ней по отношенію къ предмету залога. Ясно, что „дѣлать“ приходилось не документъ, а заложную недвижимость.

2) Ср. 29-ую и 104-ую статьи Псковской С. Гр.

3) А. Ю. 409, I.

Семена вси, а невиноваты Семену. ничѣмъ-же“; въ другой духовной¹⁾ говорится: „а невиноватъ есмъ никому ничѣмъ, ни моя земля“. Оба эти выраженія равнозначущи. Если „виноваты“ купныя грамоты, то долгъ лежитъ не на нихъ, а на землѣ, которую онѣ представляютъ. Купныя грамоты передаются кредитору не въ качествѣ самостоятельнаго объекта залога, а только въ качествѣ гарантіи, что должникъ не нарушитъ его правъ послѣдующими отчужденіями и залогами.

Однако, и эта гарантія не была вполне достаточной. Даже въ современномъ юридическомъ быту лицо, передавшее другому акты, можетъ, тѣмъ не менѣе, распорядиться своимъ имуществомъ, получивъ дубликатъ изъ крѣпостного учрежденія. Въ древнемъ правѣ этотъ путь едва-ли существовалъ, но повидимому, вторичное распоряженіе имуществомъ, несмотря на передачу актовъ, все-таки было возможно. Уже въ 104-ой статьѣ Псковской Судной Грамоты мы встрѣчаемъ указаніе, что грамоты на одно и то-же имущество могли оказаться въ залогѣ сразу у нѣсколькихъ лицъ. Случай, съ перваго взгляда, по меньшей мѣрѣ, странный. Въ самомъ дѣлѣ, нужно полагать, что каждому залоговому кредитору выдавались именно тѣ грамоты, на совокупности которыхъ основывалось владѣніе должника²⁾; какимъ-же образомъ такихъ грамотъ (или, правильнѣе, такихъ комплексовъ грамотъ) могло существовать „двои или трой или пятеры“?

Быть можетъ, объясненіе этого явленія нужно искать въ томъ свойствѣ древне-рускаго права, по которому одно и то-же владѣніе имуществомъ могло имѣть

¹⁾ А. Ю. 409, III.

²⁾ 29-ая ст. Пск. Судной Гр. говоритъ о „грамотахъ“ во множественномъ числѣ, какъ единомъ объектѣ заклада. Въ актахъ, приведенныхъ на стр. 45—50, мы вездѣ встрѣчаемся не съ одной грамотой, а съ нѣсколькими, въ своей совокупности обосновывающими владѣніе залогодателя.

одновременно нѣсколько юридическихъ титуловъ. М. Ф. Владимірскій-Будановъ указалъ одинъ изъ наиболѣе распространенныхъ случаевъ такой множественности титуловъ: къ приобрѣтенію посредствомъ оккупации, давности или частной сдѣлки присоединялось пожалованіе¹⁾. Въ актахъ мы не разъ встрѣчаемъ случаи, гдѣ одна изъ сторонъ указываетъ, въ качествѣ титула владѣнія, одновременно на сдѣлку и на пожалованіе. Такъ, напримѣръ, въ верхотурской закладной 1668-го года²⁾ залогодатель пишетъ, что онъ владѣетъ закладываемой землей „по прежнимъ крѣпостямъ и по государевѣ грамотѣ“; въ судебномъ дѣлѣ 1532-го года³⁾ владѣлецъ деревни Кологривовъ владѣтъ половиною по закладной, а другой половиною по другой закладной и по пожалованной грамотѣ. Но самый интересный случай этого рода мы встрѣчаемъ у Федотова-Чеховскаго⁴⁾. Здѣсь посадскій человекъ города Балахны Плесяниновъ, вступившій въ качествѣ третьяго въ споръ города съ Троицкимъ монастыремъ, представилъ 2 самостоятельныхъ документа на владѣніе: 1) просроченную закладную, по которой въ случаѣ просрочки „мнѣ Ивану (залогодателю) до тое своей пожни дѣла нѣтъ“, а 2) выданную на 12 лѣтъ позже оброчную грамоту на ту-же землю отъ „приказщика ключа Новагорода Нижнего“, при этомъ изъ оброчной выясняется существованіе еще третьяго самостоятельнаго документа, отступной отъ наслѣдниковъ залогодателя. Этотъ случай особенно интересенъ тѣмъ, что здѣсь мы наблюдаемъ, независимо отъ пожалованія, конкуренцію титуловъ владѣнія по двумъ *частнымъ* сдѣлкамъ (закладной и отступной). Такую-же конкуренцію мы видимъ въ дѣлѣ 1534-го года между Баскаковымъ и Троицкимъ Махрицкимъ.

1) Обзоръ Ист. Русск. Пр., стр. 543.

2) А. отн. до Юр. Б. 126, IX.

3) Правая грамота въ А. Ю. 19.

4) Ак. отн. до гражд. расправы др. Р. № 75.

монастырем¹⁾: здѣсь монастырь предъявилъ одновременно просроченную закладную въ суммѣ 40-а рублей съ условіемъ: „а не заплачу язь... денегъ на срокъ... ино ся кабала и купчая грамота“ и позднѣйшую купчую на ту-же землю въ суммѣ 120-и рублей. Вѣроятно, значительное число подобныхъ случаевъ множественности титуловъ возникало также въ результатѣ завѣщательнаго наслѣдованія. Проф. Владимірскій-Будановъ отмѣчаетъ, что перечисленіе въ завѣщаніи имущества и долговъ „лишь намъ теперь кажется фактической частью“, въ древности-же имѣло существенное юридическое значеніе²⁾. И дѣйствительно, въ новгородскихъ духовныхъ мы не разъ встрѣчаемъ указанія на завѣщаніе, какъ титулъ и доказательство права. Такъ, въ одной духовной³⁾ завѣщатель, говоря о своихъ деньгахъ „въ Волчей землѣ на Телчяхъ на погостѣ“, объясняетъ свои права на эти деньги слѣдующими словами: „по дѣда моего рукописанью по Федорову, и по отца моего рукописанью по Олександрову, и по дѣда моего рукописанью по Федорову же“. Что этотъ титулъ могъ вступать въ конкуренцію съ другими—это видно изъ другой духовной, гдѣ завѣщатель владѣетъ землею „по купнымъ грамотамъ... и по отца моего рукописанью“⁴⁾. Въ данномъ случаѣ эти 2 группы документовъ находились даже въ разныхъ рукахъ: „купныя грамоты вси“ у дяди Семена, съ которымъ владѣніе было со- вмѣстное, а „рукописанье“ у завѣщателя.

При такихъ условіяхъ передача актовъ кредитору не всегда могла быть для него надежнымъ обезпеченіемъ. Недобросовѣстный должникъ могъ передать акты, доказывающіе одинъ изъ титуловъ его владѣнія, оставляя за собою другіе акты, на которыхъ были основаны остальные титулы. Вѣроятно, именно этотъ случай

¹⁾ А. отн. до Юр. Б. 52, IV.

²⁾ Обзоръ Ист. Русск. Пр., стр. 502.

³⁾ А. Ю. 409, IV.

⁴⁾ А. Ю. 409, I.

предусматриваетъ ст. 104 Псковской Судной Грамоты, говорящая о конкуренціи нѣсколькихъ залоговыхъ правъ, обезпеченныхъ грамотами на одно и то-же имущество. Но если даже должникъ былъ вполне добросовѣстенъ и передавалъ все акты, какими самъ располагалъ, то откуда могъ кредиторъ убѣдиться, что другихъ грамотъ, дѣйствительно, не существуетъ?

Такое положеніе вещей еще осложнялось крайне распространеннымъ въ то время давностнымъ владѣніемъ. Изъ 16-го вѣка до насъ дошелъ цѣлый рядъ судебныхъ дѣлъ, гдѣ стороны основывали свои права исключительно на томъ, что „та земля наша изстари“¹⁾. Бывали даже случаи, гдѣ стороны ссылались на давность, хотя онѣ, какъ въ послѣдствіи оказывалось, имѣли на свою землю крѣпости²⁾. Само собою понятно, что лицо, владѣвшее по давности, не могло дать своему кредитору въ качествѣ обезпеченія никакихъ грамотъ. Но еще важнѣе другое: даже въ тѣхъ случаяхъ, когда кредиторъ получалъ грамоты, онъ не могъ быть увѣренъ, что должникъ не распорядится своимъ имуществомъ вторично на основаніи давностнаго владѣнія.

Уже однихъ этихъ причинъ было-бы достаточно, чтобы заставить кредиторовъ стремиться получить въ свои руки не только грамоты, но и самый объектъ залога. До тѣхъ поръ, пока объектъ залога оставался во власти должника, все гарантіи противъ недобросовѣстности съ его стороны оказывались недостаточными. Мейеръ говоритъ, что древнее право не могло себѣ представить обезпеченія долга на имущество безъ передачи его во владѣніе кредитора. Мы видѣли выше³⁾,

¹⁾ Ср. напр. А. Ю. 15, Ак. Ѳедотова-Чеховскаго 128 и мн. др.

²⁾ Ак. Ѳедотова-Чеховскаго 128. Отвѣтчикъ — монастырь располагалъ закладною, превратившеюся по просрочкѣ въ купчую, и, сверхъ того, сослался на писцовыя книги. Ссылка на писцовыя книги послѣ ссылки на давность приведена отвѣтчикомъ и въ дѣлѣ въ А. Ю. 15.

³⁾ Стр. 31.

что оно не только могло представить себѣ такія формы, но даже осуществляло ихъ; однако, положеніе Мейера будетъ вѣрно, если измѣнить его въ томъ смыслѣ, что безъ передачи имущества древнее право не могло со-здать обезпеченія, достаточно сильнаго на практикѣ.

Наряду съ этими внутренними причинами, толкавшими залогъ на путь передачи имущества кредитору, существовали и внѣшнія. Въ 15-омъ и 16-омъ вѣкахъ развивалось на Руси одно явленіе чрезвычайной важности, которое не могло не наложить своей печати на всѣ отрасли вещныхъ правъ. Именно, развивалось крѣпостное право. Быть можетъ, зачатки его нужно отнести, вмѣстѣ съ проф. Владимірскимъ-Будановымъ ¹⁾, еще ко временамъ удѣльнаго періода; но во всякомъ случаѣ, какъ это признано и самимъ проф. Владимірскимъ-Будановымъ ²⁾, общее прикрѣпленіе относится ко времени не раньше 16-го столѣтія. Тѣ ученые, которые полагаютъ, что прикрѣпленіе базировало на законодательномъ актѣ,—Карамзинъ ³⁾, Соловьевъ ⁴⁾, Костомаровъ ⁵⁾, Бѣляевъ ⁶⁾, въ новѣйшее время Сергѣевичъ ⁷⁾—относятъ этотъ актъ къ концу 16-го вѣка (обыкновенно къ 1592-му или 1593-му году); тѣ, по мнѣнію которыхъ прикрѣпленіе установлено процессами экономической жизни безъ прямого участія законодателя—Погодинъ ⁸⁾, Энгельманъ ⁹⁾, Дьяконовъ ¹⁰⁾,

1) Обзоръ Ист. Русск. Пр., стр. 35 и 134.

2) Ibidem, стр. 134 и 145.

3) Исторія Государства Россійскаго, т. X.

4) Исторія Россіи съ древн. вр., т. VII.

5) „Должно ли считать Бориса Годунова основателемъ крѣпостнаго права?“ въ Историческихъ Монографіяхъ, т. I.

6) Крестьяне на Руси.

7) См. его Лекціи по Ист. Русск. Пр.

8) Статья „Должно ли считать Бориса Годунова основателемъ крѣпостнаго права?“ въ Русской Бесѣдѣ за 1858-ой г. кн. XII.

9) Die Leibeigenschaft in Russland.

10) Къ исторіи крестьянскаго прикрѣпленія.

Владимірскій-Будановъ ¹⁾, Ключевскій ²⁾ относятъ къ тому-же времени окончательно развитіе этого института.

Какъ-бы послѣдующая наука ни разрѣшила этотъ споръ, несомнѣннымъ остается одно: въ 16-омъ вѣкѣ вліяніе развивавшагося прикрѣпленія должно было уже сильно сказываться въ экономической жизни. Земля не принадлежитъ къ числу тѣхъ хозяйственныхъ благъ, цѣнность которыхъ непосредственно основывается на потребленіи: она пріобрѣтаетъ цѣнность, если можно такъ выразиться, косвенно, благодаря потребителю значенію тѣхъ продуктовъ, для производства которыхъ она необходима. Слѣдовательно, земля безусловно относится къ тѣмъ благамъ, которыя политическая экономія (главнымъ образомъ, австрійская школа) называетъ благами высшихъ разрядовъ или производительными благами ³⁾. Обращаясь къ ученію экономистовъ объ этихъ предметахъ, мы увидимъ, что они могутъ пріобрѣсти цѣнность лишь въ зависимости отъ того, насколько они при данныхъ условіяхъ могутъ быть дѣйствительно использованы для производства потребительныхъ продуктовъ („благъ перваго разряда“) ⁴⁾. А между тѣмъ, использованіе ихъ для производства зависитъ отъ наличности въ нашемъ распоряженіи цѣлаго ряда другихъ производительныхъ благъ, ибо всякій производительный процессъ требуетъ не одного, а нѣсколькихъ благъ высшихъ разрядовъ (напр., производство хлѣба требуетъ, кромѣ земли, еще рабочихъ рукъ и многихъ разнообразныхъ земледѣльческихъ орудій). Многія изъ этихъ благъ (такъ называемыхъ комплементарныхъ) столь необходимы для производства, что безъ нихъ оно вообще не можетъ

¹⁾ Обзоръ Ист. Русск. Пр.

²⁾ Статья „Происхожденіе крѣпостного права въ Россіи“ въ Русской Мысли за 1885-й годъ.

³⁾ Мейгеръ, Осн. Пол. Эк., стр. 9; Филипповичъ, Пол. Эк., стр. 5.

⁴⁾ Филипповичъ, л. с., стр. 4—5.

осуществиться, и тогда теряют значительную часть цѣнности остальные комплементарныя блага ¹⁾).

Въ такомъ отношеніи находятся все блага высшихъ разрядовъ къ труду. Безъ труда не можетъ осуществиться ни одинъ производственный процессъ. Если къ данному конкретному благу почему-либо не можетъ быть приложенъ трудъ, то оно теряетъ свою производительную цѣнность. Въ частности, теряетъ производительную цѣнность земля, если невозможно привлечь рабочія руки къ ея обработкѣ. Конечно, пока трудъ свободенъ, такія условія могутъ наступить лишь въ исключительныхъ случаяхъ. Пока не существовало крѣпостного права, каждый землевладѣлецъ могъ въ большей или меньшей степени удовлетворять свою потребность въ рабочихъ рукахъ. Но съ прикрѣпленіемъ крестьянъ эти отношенія должны были измѣниться. Определенные земельные участки, снабженные достаточнымъ количествомъ рабочихъ рукъ, могли быть использованы въ полномъ размѣрѣ ихъ производительныхъ силъ; другіе, располагавшіе меньшимъ количествомъ крѣпостного труда, обрабатывались постольку, поскольку это было возможно; наконецъ третьи, всецѣмъ лишенные необходимаго запаса труда, обречены были оставаться въ положеніи „пустошей“.

Результатъ этого процесса понятенъ: ненаселенныя имѣнія теряли большую часть своей цѣнности, а въ населенныхъ цѣнность земли оказывалась въ зависимости отъ количества рабочихъ рукъ. Экономическая сила и, въ связи съ этимъ, цѣнность имѣнія переносилась съ земли на прикрѣпленныхъ къ ней крестьянъ. Мы наблюдаемъ это явленіе въ цѣломъ рядѣ актовъ, начиная съ конца 16-го столѣтія и на протяженіи всего 17-го. Раскроемъ, напр. Акты, отн. до Юридич. Быта—и тамъ мы увидимъ крестьянъ въ роли объекта наибольшаго вниманія изъ состава имѣнія въ цѣломъ

¹⁾ Менгеръ, I. с., стр. 116—140.

рядъ актовъ: во ввозныхъ 1558-го, 1593-го и 1614-го года ¹⁾, въ выписи 1612 г. отъ имени боярь и князя Пожарскаго ²⁾, въ докладъ 1613 года шведскому полководцу Делагарди ³⁾, въ отказныхъ 1673-го, 1676-го, 1677-го и 1699-го года ⁴⁾, въ жалованной грамотѣ 1687-го года ⁵⁾, въ купчихъ 1643-го и 1657-го года ⁶⁾, въ мѣновныхъ 1655-го и 1699-го года ⁷⁾, и т. д. Даже въ раздѣльныхъ актахъ Строгановыхъ на ихъ огромныя вотчины съ колоссальными землями и лѣсами, съ городами и соляными варницами, содержится тщательное перечисленіе, кому какіе крестьяне достались ⁸⁾. Для позднѣйшаго времени мы находимъ свидѣтельство о томъ, что крестьяне составляли главную цѣнность имѣній, въ памятникахъ по исторіи освобожденія крестьянъ, именно въ той ихъ части, которая относится къ системѣ градаціи ⁹⁾. И даже въ Сводѣ Законовъ изд. 1887 года еще можно видѣть весьма оригинальный слѣдъ этого преобладающаго значенія крестьянъ: въ формѣ купчей крѣпости на населенное имѣніе сама земля помѣщена въ числѣ принадлежностей ¹⁰⁾.

Конечно, въ 15 и 16 вѣкахъ, когда крѣпостное право еще только складывалось, эти отношенія не могли имѣть той опредѣленной формы, которую они приобрѣли впоследствии. Юридически крестьяне еще не составляли части имѣнія. Лично свободные, они только были связаны съ владѣльцемъ извѣстными экономическими узами—задолженностью. Сначала крестьяне, вслѣдствіе задолженности владѣльцу даннаго имѣнія, лишались

1) А. отн. до Юр. Б. 29, I—III

2) Ibidem, 21.

3) Ibidem, 71.

4) Ibidem, 15, V, VI, VII, XII.

5) Ibidem, 44, II.

6) Ibidem, 147, XXVI, XXVII.

7) Ibidem, 156, XX, XXVIII.

8) Доп. къ А. И. II, 56, IV.

9) Ср. у Корнилова, Крестьянская реформа, стр. 134—6.

10) Приложение къ 1420-ой ст. т. X ч. I.

фактической возможности переходить въ другія, затѣмъ, оставаясь на одномъ мѣстѣ долгіе годы, становились „старожильцами“ и мало-по-малу дѣлались „крѣпкими землѣ“¹⁾. Такимъ образомъ, крѣпостное право развивалось на почвѣ долговыхъ отношеній. Крестьяне, эта главная цѣнность имѣнія, вначалѣ были связаны юридически не съ самымъ имѣніемъ, а только лично съ владѣльцемъ. Понятно, что для залогового кредитора такое положеніе оказывалось весьма и весьма невыгоднымъ. Располагая залоговымъ правомъ не по отношенію къ лично-свободнымъ крестьянамъ, а лишь по отношенію къ самой недвижимости, онъ всегда рисковалъ получить ее при взысканіи совершенно обезцѣненной. Изъ позднѣйшаго времени, отъ 1648 года, до насъ дошла одна закладная, гдѣ крестьяне подробно перечислены и съ каждой головы, которой не окажется „въ лицѣхъ“, назначена неустойка²⁾. Но эта закладная находится въ довольно исключительныхъ условіяхъ: она совершена на срокъ всего въ 25 дней, и стороны, такимъ образомъ, могли не предполагать естественныхъ перемѣнъ въ составѣ населенія закладываемой вотчины. Вообще-же не только въ 15 и 16 вѣкахъ, когда зависимость крестьянъ была еще только личной и только экономической, но даже въ 17-мъ вѣкѣ, когда они юридически уже были прикрѣплены къ имѣнію, указанный способъ обезпеченія кредиторовъ едва-ли могъ играть крупную роль: вѣдь помимо недобросовѣстности со стороны должника, составъ населенія мѣнялся отъ цѣлага ряда другихъ причинъ (напр. отъ естественной рождаемости и смертности, отъ побѣговъ, и т. д.). Въ 16-омъ вѣкѣ положеніе вопроса осложнялось еще болѣе потому, что въ возникавшей связи крестьянина съ имѣніемъ единствен-

¹⁾ См. объ этомъ процессѣ у профессора Владимірскаго-Буданова, Обзоръ Исторіи Русскаго Права, стр. 144—146.

²⁾ А. отн. до Юр. В. 126, VII.

нымъ юридическимъ звеномъ была его личная задолженность владѣльцу. Нельзя не согласиться съ Мейеромъ, полагающимъ, что въ это раннее время долговья требованія, по всей вѣроятности, не могли служить объектомъ заклада. Понятіе о закладѣ долгового требованія слишкомъ сложно для неразвитаго права. Поэтому, узы, приковывавшія къ имѣнію рабочія руки и тѣмъ обусловливавшія его цѣнность, должны были оказаться внѣ сферы залоговой сдѣлки. При такихъ условіяхъ залогъ, понятно, совершенно переставалъ обеспечивать кредитора. Юридическая сущность института не распространяла правъ залогодержателя именно на ту область, которая являлась для него наиболѣе существенной. Естественно должно было возникнуть стремленіе обезпечить его на этотъ счетъ иными путями. Самымъ простымъ путемъ для такой цѣли была передача владѣнія въ его руки. Тогда отношенія съ крестьянами немедленно переходили въ его вѣдѣніе, и онъ могъ принимать всѣ мѣры, какія считалъ нужными для своего обезпеченія. Въ одной закладной 1561-го года ¹⁾ говорится: „А за ростъ сестрѣ моей Марьѣ тѣ деревни пахати, и всякими угоды владѣти, *и крестьяны вудати*“; въ другой закладной 1559-го года ²⁾ находимъ слова: „а то село и деревни Кирилову монастырю за ростъ пахати, *и крестьяны владѣти*, и лѣсъ сѣчи, и луги косити“; въ извѣстной закладной князей Ухтомскихъ отъ 1563-го года ³⁾ залогодатели пишутъ: „... то село и Семеновское и деревни князю Дмитрею да князю Данилу за ростъ пахати *и крестьяны владѣти*“. Въ 17-омъ вѣкѣ, когда крѣпостное право уже развилось окончательно, крестьяне просто закладывались въ составѣ вотчины ⁴⁾; но въ переходное время, когда юри-

¹⁾ А. Ю. 242.

²⁾ Ibidem, 241.

³⁾ Ibidem, 244.

⁴⁾ Ср. вышеуказанную закладную въ А. отн. до Юр. Б. 126, VII и нѣкоторыя другія.

дически крестьяне еще не составляли принадлежности имѣнія, ихъ залогъ совершался путемъ передачи имѣнія кредитору съ правомъ „крестьяны вѣдати“.

Однако, приведенныя условія, по всей вѣроятности, вліяли лишь на значительное распространѣніе залога съ передачей владѣнія, но не на самое возникновеніе этой формы. По крайней мѣрѣ, мы располагаемъ нѣсколькими сравнительно ранними актами, гдѣ передача имѣнія кредитору совершенно не можетъ быть отнесена на счетъ развитія крѣпостныхъ отношеній. Такова, напр., одна закладная 13-го или 14-го вѣка, первая по времени изъ всѣхъ дошедшихъ до насъ закладныхъ¹⁾. Въ далекой новгородской колоніи²⁾ владѣльцы земельного участка нашли въ лѣсу „колодязь солонихъ“; для его разработки и эксплуатаціи нужны деньги, и вотъ, совершается закладная. Здѣсь „купная грамота“ владѣльцевъ была передана залогодержателю; но само собою понятно, что въ этихъ глухихъ мѣстахъ, гдѣ большинство владѣльческихъ правъ, вѣроятно, еще основывалось не на сдѣлкахъ, а на вольной заимкѣ, одна передача грамотъ была слишкомъ недостаточнымъ обезпеченіемъ. Въ данномъ случаѣ передача владѣнія, повидимому, зависѣла именно отъ этой внутренней недостаточности иного обезпеченія. То-же самое мы замѣтимъ и въ другомъ случаѣ залога, кажется, еще болѣе древнемъ: отъ 13—14 вѣка до насъ дошла новгородская купчая³⁾, гдѣ говорится о залогѣ, совершенномъ на 5 поколѣній (т. е., по крайней мѣрѣ, на 100 лѣтъ) раньше; изъ одной духовной „чернецкаго старосты“⁴⁾, гдѣ рѣчь идетъ о томъ-же залогѣ, выясняется, что за-

1) А. отн. до Юр. Б. 126, I.

2) Новгородское происхожденіе закладной видно изъ счета денегъ на „бѣлы“; въ пользу его говорить также встрѣчающееся постоянно въ новгородскихъ и двинскихъ актахъ выраженіе „се“ въ началѣ, „язъ“ для обозначенія перваго лица и употребленіе свнстящихъ вмѣсто шипящихъ.

3) А. Ю. 37.

4) А. Ю. 409, II.

ложенное имущество было передано кредитору-монастырю. Трудно думать, чтобы передача имущества по этому залогу, совершенному, очевидно, въ 12—13 вѣкѣ, была продиктована развитіемъ крѣпостныхъ отношеній¹⁾. Отъ 15-го вѣка извѣстны случаи, когда закладывались съ передачей владѣнія пожня (покосъ)²⁾ и даже пустошь³⁾. Такіе-же случаи залога пожни мы знаемъ изъ 16-го вѣка (закладныя 1529 г.)⁴⁾, а отъ 1501—1502 года сохранилась такая-же закладная на рыбную ловлю⁵⁾. Всѣ эти акты наводятъ на мысль, что крѣпостное право составляло лишь одно изъ важныхъ условій, способствовавшихъ распространенію залога съ передачей владѣнія, но не причину возникновенія этой формы. Возникновеніе ея все-таки должно быть приписано указаннымъ выше органическимъ условіямъ древняго права и вытекающей изъ нихъ невозможности создать инымъ путемъ достаточно прочное обезпеченіе для кредитора.

Къ сожалѣнію, отъ 15-го и 16-го вѣковъ сохранилось слишкомъ мало актовъ о залогѣ, чтобы можно было основывать на нихъ болѣе или менѣе достовѣрные выводы общаго характера. Въ А. Ю. мы находимъ отъ этого времени 13 закладныхъ на недвижимость⁶⁾, 2 случая залога въ правыхъ грамотахъ⁷⁾, также 2 случая въ духовныхъ⁸⁾; въ А. отн. до Юр. Б.—5 заклад-

¹⁾ Впрочемъ, этого вывода нельзя считать безусловнымъ. Дѣло въ томъ, что заложено было село, т. е. имѣніе населенное; а прикрѣпленіе, по мнѣнію нѣкоторыхъ авторитетныхъ ученыхъ, существовало въ частныхъ случаяхъ уже во времена пространной Правды (ср., напр., у проф. Владимірскаго-Буданова, Обзоръ, стр. 35—36).

²⁾ А. Ю. 233, 1 83-й годъ.

³⁾ А. отн. до Юр. Б. 126, III.

⁴⁾ А. Ю. 236 и 237.

⁵⁾ А. отн. до Юр. Б. 126, IV.

⁶⁾ А. Ю. 232, 233, 234, 236, 237, 238, 240, 241, 242, 243, (I и II) 244, 249.

⁷⁾ Ibidem 15, 19.

⁸⁾ Ibidem 414, 422.

ных¹⁾ и, сверхъ того, 2 случая залога (съ приведенными закладными) въ правыхъ грамотахъ²⁾; въ Собр. гос. Гр. и Дог. упоминается о залогѣ въ договорѣ великаго князя Василья Васильевича съ Дмитріемъ Шемякой и Василюемъ Косымъ³⁾; въ правыхъ грамотахъ и судебныхъ спискахъ, собранныхъ Ѳедотовымъ-Чеховскимъ, приведено отъ этого времени 4 закладныхъ⁴⁾ и 2 раза говорится о залогѣ въ приведенныхъ духовныхъ⁵⁾; въ цыдвинскихъ актахъ къ 16-му вѣку относятся 2 закладныя⁶⁾; наконецъ, у Кассо находимъ указаніе на 2 закладныя 16-го вѣка изъ „Тверскихъ актовъ“ Шумакова⁷⁾ и на 1 закладную того-же времени изъ неизданнаго собранія актовъ Бѣляева⁸⁾. Такимъ образомъ, общее число извѣстныхъ намъ залоговъ недвижимости, относящихся къ 15—16 вѣкамъ, равно всего 36-и.

Обращаясь къ разсмотрѣнію этихъ залоговъ, мы увидимъ, что лишь въ 17-и изъ ихъ числа имущество было несомнѣнно передано до срока во владѣніе кредитора⁹⁾, и въ 3-хъ случаяхъ есть серьезныя основанія предполагать такую передачу, хотя о ней не гово-

¹⁾ А. отн. до Юр. Б. 126, III, IV, V (2 закладныя) и VI. Издатели сборника причислили къ закладнымъ также актъ подъ № 126, II; но въ дѣйствительности этотъ актъ представляетъ только заемную съ оговоркой, что въ случаѣ смерти заемщика до срока его вотчина Рознѣжъ поступаетъ въ собственность кредитора-монастыря на уплату долга и на поминовленіе души.

²⁾ А. Отн. до Юр. Б. 52, IV и V.

³⁾ Собр. гос. Гр. и Дог., т. I, 60.

⁴⁾ Акты Ѳедотова-Чеховскаго, 65 (2 закладныя), 75 и 116.

⁵⁾ Ibidem 82, 94.

⁶⁾ Цыдвинскіе акты, № 1 и 2.

⁷⁾ № 68 и 69; см. Кассо, Понятіе о залогѣ, стр. 286 прим. 3 и стр. 290, прим. 2.

⁸⁾ Ibidem, стр. 293.

⁹⁾ А. Ю. 233, 236, 237, 240, 241, 242, 15, 414, 422; А. отн. до Юр. Б. 126, III и IV, 52, V; Ак. Ѳедотова-Чеховскаго 75, 82 и 94; Тверскіе акты 69. Цыдвинскіе акты I.

рится опредѣленно¹⁾); въ 9-и случаяхъ²⁾ передачи имущества, по всей видимости, не произошло; въ 3-хъ случаяхъ³⁾ ея отсутствіе представляется вѣроятнымъ; наконецъ, въ 4-хъ случаяхъ судьба имущества до срока остается для насъ совершенно неясной⁴⁾.

Этотъ краткій перечень актовъ показываетъ съ достаточной ясностью, что въ изслѣдуемомъ періодѣ передача имущества кредитору не только не входила въ составъ понятія о залогѣ, но даже не являлась необходимымъ атрибутомъ этой сдѣлки. Неволинъ со свойственнымъ ему громаднымъ историческимъ чутьемъ замѣтилъ еще въ 1851-мъ году⁵⁾, что „условія залога

1) А. Ю. 234 и 19; А. отн. до Юр. Б. 126, VI.

2) А. Ю. 243 (I и II), 244; А. отн. до Юр. Б. 126, V, 1 и 52, IV; Собр. г. гр. I, 60; Ак. Федотова-Чеховскаго, 116; Тверскіе акты 68; неизданная закладная Бѣльева.

3) А. Ю. 232 и 238; А. отн. до Юр. Б. 126, V, 2.

4) А. Ю. 249; Ак. Федотова-Чеховскаго 65 (объ закладныхъ); цыдв. акты 2.

5) Исторія Россійскихъ Гражданскихъ Законовъ, т. III, стр. 151.

6) „Залогъ — говоритъ далѣ Неволинъ — былъ дѣлаемъ иногда на срокъ, иногда на неопредѣленное время. По займу, обезпеченному залогомъ, иногда выговаривался платежъ роста, иногда о ростѣ совсѣмъ не упоминалось, иногда, наконецъ, постановлялось, чтобы приниматель залога за ростъ пользовался закладываемымъ имуществомъ и, особенно, пахалъ закладываемую землю, то есть воздѣлывалъ ее въ свою пользу. Въ иныхъ случаяхъ закладчикъ удерживалъ закладываемое имущество въ своемъ владѣніи, въ другихъ оно тотчасъ по совершеніи залога передавалось заимодавцу во владѣніе. По отношенію къ способамъ взыскаія иногда опредѣлялось, что, если занятыя деньги не будутъ уплачены въ срокъ, имущество должно сдѣлаться собственностью заимодавца; иногда условливались, что, несмотря на неуплату занятыхъ денегъ въ срокъ, имущество должно остаться собственностью закладчика, только онъ долженъ платить условленный ростъ, или заимодавецъ долженъ вмѣсто полученія роста продолжать пользоваться заложеннымъ имуществомъ“ (Неволинъ, Исторія Россійскихъ Гражданскихъ Законовъ, т. III, стр. 151-152). Мы увидимъ дальше, что по существу взглядъ Неволина явля-

были весьма разнообразны⁶⁾). Къ сожалѣнію, воззрѣнія Неволіна по этому вопросу не получили въ нашей послѣдующей наукѣ того развитія, котораго они заслуживали. Въ значительной степени въ этомъ виноватъ самъ авторъ. Занимаясь не исторіей права, а только „исторіей гражданскихъ законовъ“, Неволінь удѣлилъ очень мало вниманія институту залога, который до Уложенія царя Алексѣя Михайловича почти не нормировался законодательствомъ (Псковская Судная Грамота стала привлекать къ себѣ вниманіе юристовъ позже, когда вышелъ въ свѣтъ трудъ Энгельмана: „Систематическое изложеніе гражданскихъ законовъ Псковской Судной Грамоты“). Поэтому, Неволінь упомянулъ лишь вскользь о разнообразіи условій залога до Уложенія и не пытался вникнуть глубже ни въ характеръ древне-русскаго залога, ни въ его эволюцію. Получилась какая-то аморфная масса сдѣлокъ, ни въ чемъ между собою не сходныхъ, ничѣмъ не связанныхъ и лишь случайно носящихъ общее названіе закладной кабалы. Неудивительно, если большинство послѣдующихъ цивилистовъ и историковъ права пошло не по стопамъ Неволіна, а по стопамъ Мейера, который въ своей статьѣ „Древнее русское право залога“ далъ вопросу новую постановку, образцовую по ясности и стройности. Великая научная заслуга проф. Мейера

есть вѣрнымъ не только въ вопросѣ о передачѣ владѣнія, но и во многихъ другихъ. Всѣ „условія“, наблюденныя въ актахъ Неволінымъ, дѣйствительно, существовали и даже господствовали на разныхъ ступеняхъ развитія залога. Слабость постановки вопроса у Неволіна—въ недостаткѣ систематизаціи. При чтеніи его бѣлыхъ замѣчаній о залогѣ можетъ получиться впечатлѣніе, будто онъ совершенно не сознавалъ распадѣнія сдѣлокъ на группы. Неволінь не группируетъ своего матеріала ни по времени, ни по мѣсту, ни по какимъ-либо инымъ признакамъ. При такихъ условіяхъ прагматизмъ становился абсолютно невозможнымъ: безъ предварительной группировки типовъ не могло быть и рѣчи о томъ, чтобы объяснить причины ихъ происхожденія. Каждая сдѣлка стояла особнякомъ, и, въ результатѣ, получался хаосъ.

состоить въ томъ, что онъ первый попытался разобратъся въ хаосъ старинныхъ памятниковъ и возсоздать цѣльный юридическій институтъ изъ ихъ „весьма разнообразныхъ условий“. Этимъ онъ далъ твердую почву, опорный пунктъ для послѣдующей науки. Мейеру по справедливости принадлежитъ имя перваго изслѣдователя нашего древняго залогового права; но его собственная точка зрѣнія является нѣсколько односторонней, раздѣляя, впрочемъ, участь всѣхъ первыхъ попытокъ.

Основная идея Мейера сводится къ тому, что въ древне-русскомъ правѣ залогъ былъ неразрывно связанъ съ передачей владѣнія, пользованія и даже распоряженія закладываемымъ имуществомъ въ руки кредитора. Такая передача имущества не есть особый договоръ, сопровождающій ту или иную залоговую сдѣлку: это необходимое условіе, безъ исполненія котораго залогъ не можетъ возникнуть. „Залогъ—говорить Мейеръ—есть отчужденіе; переставая быть имъ, онъ перестаетъ быть и залогомъ“¹⁾. Въ подтвержденіе этихъ выводовъ Мейеръ приводитъ нѣсколько доказательствъ. Первое—это абстрактное соображеніе, что мало-развитое правосознаніе могло представить себѣ обезпеченіе требованія на имущество лишь въ видѣ эвентуальнаго исполненія, временной продажи въ зачетъ этого требованія. Второе—что передача владѣнія встрѣчается во всѣхъ закладныхъ, которыми мы располагаемъ, или, по крайней мѣрѣ, въ подавляющемъ большинствѣ ихъ. Наконецъ, третье доказательство—что во всѣхъ почти закладныхъ описывается закладываемое имущество и оговаривается очистка отъ купчихъ и другихъ закладныхъ; Мейеръ связываетъ и то, и другое съ передачей кредитору закладываемаго имущества.

1) Юридич. Сборн. стр. 247.

Последнее доказательство является самым слабым. Еще М. Ф. Владимірскій-Будановъ ¹⁾ и, вслѣдъ за нимъ, Л. А. Кассо ²⁾ указали, что изъ условій объ очисткѣ можно было-бы съ такимъ-же правомъ сдѣлать обратный выводъ: разъ могли оказаться другія закладныя, то, повидимому, имущество оставалось въ рукахъ должника. Сами авторы, кажется, не придаютъ этому выводу большого значенія. Но не болѣе обоснованнымъ является и противоположный выводъ Мейера: вредъ для кредитора отъ продажи или залога въ другія руки того имущества, съ которымъ связанъ его интересъ, можетъ произойти совершенно независимо отъ передачи или непередачи ему владѣнія. Въ древне-русскомъ правѣ залогъ, по общему правилу, вѣроятно не имѣлъ на первыхъ порахъ *droit de suite* ³⁾. Залогъ, какъ справедливо замѣчаетъ Гантоверъ ⁴⁾, былъ до известной степени сдѣлкой личнаго характера—въ томъ смыслѣ, что эта сдѣлка имѣла обязательное значеніе лишь для контрагентовъ, а не для третьихъ лицъ. При такихъ условіяхъ кредиторъ, понятно, былъ заинтересованъ въ сохраненіи юридическаго *status quo* заложеннаго объекта. Мы видѣли, что именно для этого кредитору передаются „земныя грамоты“. По своей цѣли эта передача грамотъ стоитъ близко къ условію объ очисткѣ. Очистка, какъ и передача грамотъ, есть самостоятельное средство обезпеченія кредитора, совершенно независимое отъ передачи ему имущества. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ даже наши дѣйствующіе законы поставляютъ въ обязанность лицу или учрежденію, совершающему закладную, напоминать сторонамъ объ очисткѣ ⁵⁾; но это, конечно, не случай передачи имущества кредитору (потому что такой случай совер-

¹⁾ Хрестоматія, вып. III, стр. 19, прим. 58.

²⁾ Понятіе о залогѣ, стр. 228.

³⁾ См. выше, стр. 48.

⁴⁾ Залоговое право, стр. 37.

⁵⁾ Ст. 1631 т. X ч. I Зак. Гр.

шенно неизвѣстенъ дѣйствующему законодательству), а случай, когда закладываемое имущество состоитъ въ спорѣ и, слѣдовательно, для залогопринимателя существуетъ въ сдѣлкѣ значительный рискъ. Независимо отъ этого случая, нашъ дѣйствующій законъ, вообще, допускаетъ въ актахъ о недвижимомъ имуществѣ условіе объ очисткѣ по соглашенію сторонъ ¹⁾. Въ прежнія времена, когда, съ одной стороны, права каждаго лица на имущество имѣли несравненно меньшую достовѣрность и состояніе имущества въ спорѣ могло какъ-бы презумироваться, когда, съ другой стороны, кредиторъ при всѣхъ обстоятельствахъ несъ значительный рискъ влѣдствіе отсутствія *droit de suite*, условіе объ очисткѣ, естественно, должно было получить гораздо большее распространеніе.

Приблизительно то-же самое нужно сказать и объ описаніи закладываемаго имущества. По справедливому мнѣнію Кассо ²⁾, оно „имѣетъ цѣлью установить мѣсто нахождения и стоимость даннаго объекта и, конечно, не предрѣшаетъ вопроса о пользованіи“. Къ этому можно только прибавить, что въ эпоху, о которой идетъ рѣчь, не существовало вотчинныхъ книгъ и нельзя было, какъ это дѣлается, на примѣръ, въ современной Германіи, достигнуть точнаго обозначенія имущества простой ссылкой на номеръ занятаго имъ листа въ книгѣ. Отсутствіе точной регистраціи имуществъ и правъ на нихъ заставляло въ каждомъ конкретномъ случаѣ прибѣгать къ описанію. Мы встрѣчаемъ подробное описаніе закладываемаго объекта даже въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ онъ, безспорно, не былъ переданъ во владѣніе кредитора ³⁾; если мы обратимся къ повседневной практикѣ залога въ наши дни, то и здѣсь мы увидимъ всегда указаніе границъ закладываемой недвижимости и часто ея подробное описаніе.

¹⁾ Ст. 1427 т. X ч. I Зак. Гр.

²⁾ Понятіе о залогѣ, стр. 291—292.

³⁾ Напр., въ А. отг. до Юр. Б. 126, X.

Не болѣе убѣдительнымъ является абстрактное соображеніе Мейера, что залогъ безъ передачи имущества представляетъ слишкомъ сложную сдѣлку для неразвитаго правосознанія. Выше мы видѣли, что на первой стадіи такой залогъ былъ, по всей вѣроятности, только договоромъ о предоставленіи кредитору права искать съ опредѣленнаго имущества. Едва-ли можно считать такую сдѣлку особенно сложной. Она стоитъ очень близко къ поручительству; а поручительство, несомнѣнно, представляетъ сдѣлку весьма древняго происхожденія—по крайней мѣрѣ, мы застаемъ его уже въ древнѣйшей Правдѣ ¹⁾. Позволительно думать, что такая сдѣлка, во всякомъ случаѣ, гораздо проще, нежели предположенное Мейеромъ эвентуальное исполненіе съ поворотомъ при исправности должника. Уже было упомянуто, что народное правосознаніе признавало залогъ-поручительство за правильную залоговую сдѣлку ²⁾. Наоборотъ, такой сдѣлкой не считалась продажа съ правомъ обратнаго выкупа. Даже отъ 17-го вѣка мы имѣемъ одинъ памятникъ, гдѣ законодатель говоритъ параллельно о продажѣ на выкупъ и о залогѣ, какъ о двухъ самостоятельныхъ сдѣлкахъ ³⁾. Въ первой по времени купчей, дошедшей до насъ ⁴⁾, повидимому установлено для продавцовъ право выкупа по истеченіи опредѣленнаго срока („даша . . . рублей гривну на 70 лѣтъ, а отъ того лѣта, коли Ю. Князь мертвъ Ивановиче“); но стороны совершенно ясно отличаютъ такую сдѣлку отъ залога и называютъ ее куплей („се купи“ . . .). Сдѣлки такого рода продолжаютъ встрѣчаться и позже; онѣ попадаются изрѣдка даже въ со-

¹⁾ Ст. 13 Акад. сп.; см. Хрестоматію Владимірскаго-Вуданова, вып. I, стр. 32.

²⁾ См. выше, стр. 31.

³⁾ Указная книга Помѣстнаго Приказа 39 у кого тѣ вотчины родовые заложили или продали на выкупъ См. Хрестоматія, вып. III, стр. 253.

⁴⁾ А. Ю. 71, I.

временномъ быту ¹⁾. Но и теперь, и въ древности онѣ разсматриваются, какъ купля-продажа, т. е. договоръ, совершенно отличный отъ залога.

Наконецъ, обращаясь къ послѣднему аргументу Мейера, къ постоянному повторенію условія о передачѣ владѣнія въ закладныхъ, мы замѣтимъ, что это постоянство значительно преувеличено. Въ сравнительно позднюю эпоху 17-го вѣка передача имущества кредитору дѣйствительно представляетъ, какъ мы увидимъ дальше, довольно обычное слѣдствіе залога. Но даже въ это время ей нельзя приписывать безусловнаго господства. Изъ 17-го вѣка сохранились закладныя, гдѣ имущество, вмѣ всякаго сомнѣнія, не было передано кредитору. Таковы закладныя Ивана Строганова ²⁾; такова новгородская закладная 1669-го года ³⁾; такова цыдвинская закладная 1652-го года ⁴⁾. У Ѳедотова-Чеховскаго можно найти еще и другіе случаи, гдѣ заложенное имущество, вѣроятно, также оставалось во владѣніи должника ⁵⁾. И. А. Базановъ, пользовавшійся актами Помѣстнаго Приказа и Псковской Вотчинной Конторы въ Московскомъ архивѣ Министерства Юстиціи, свидѣтельствуетъ ⁶⁾, что въ 17-омъ вѣкѣ залогъ безъ передачи владѣнія встрѣчается (хотя изрѣдка) относительно сельскихъ имѣній, тяготѣвшихъ къ Москвѣ, и широко практикуется въ Псковѣ, какъ по отношенію къ городскимъ недвижимостямъ, такъ и по

¹⁾ Въ объясненіяхъ къ ст. 4 кн. III Гражданскаго Уложенія редакціонная комиссія указываетъ, что въ Кіевскомъ крѣпостномъ реестрѣ найдено 10 случаевъ продажи съ правомъ обратнаго выкупа; кромѣ того, найдено 38 случаевъ (34 въ С.-Петербургскомъ крѣп. реестрѣ, 3 въ Саратовскомъ и 1 въ Витебскомъ), когда продавецъ удерживалъ за собою право преимущественной покупки продаваемой недвижимости.

²⁾ Доп. къ А. И. П., 56, IV.

³⁾ А. отн. до Юр. Б. 126, X.

⁴⁾ Цыдвинскіе акты № 7.

⁵⁾ Ак. Ѳедотова-Чеховскаго, 127 и, особенно, 122.

⁶⁾ Базановъ, Вотчинный режимъ въ Россіи, стр. 37.

отношенію къ сельскимъ ¹⁾. Такимъ образомъ, даже для 17-го вѣка нельзя констатировать не только исключительнаго существованія, но даже абсолютнаго господства формы залога съ передачей владѣнія кредитору. Еще меньше можно настаивать на исключительности этой формы для 15-го и 16-го столѣтія. Изъ тѣхъ 36-и актовъ, которыми мы здѣсь располагаемъ, всего 17 актовъ, т. е. менѣ половины, позволяютъ сдѣлать безусловное заключеніе о передачѣ въ этихъ случаяхъ имущества кредитору, и еще въ 3-хъ актахъ такая передача является вѣроятной. Ни объясненія самого Мейера, предлагающаго исключить изъ разсмотрѣнія всѣ закладныя, несогласныя съ его теоріей, ни объясненія Гантовера, считающаго закладныя безъ передачи владѣнія „исключеніями“ ²⁾ (хотя въ 15-омъ и 16-омъ вѣкахъ къ ихъ числу относится чуть-ли не половина актовъ), не разрѣшаютъ вопроса. Остается признать, что передача владѣнія не была необходимымъ слѣдствіемъ залога.

Но шаткость положеній Мейера обнаружится еще яснѣе, если мы обратимся къ болѣе детальному разсмотрѣнію тѣхъ 17-ти залоговъ 15 и 16 вѣковъ, въ которыхъ владѣніе и пользованіе было безспорно передано кредитору. Оказывается, что въ 13-ти случаяхъ кредиторъ пользовался имуществомъ „за ростъ“ ³⁾, а въ остальныхъ 4-хъ мы имѣемъ лишь краткое упоминаніе о залогѣ въ духовныхъ, упоминаніе, изъ котораго совершенно нельзя установить титула передачи имущества кредитору ⁴⁾. Изъ этого, какъ-будто, слѣдуетъ заключить, что въ 15 и 16 вѣкахъ кредиторъ пользовал-

¹⁾ Въ качествѣ примѣровъ приведены акты Вотч. Конт. по Пскову 7177 кн. 72/1614 д. 55 л. 163; д. 166 л. 631; д. 167 л. 634; д. 171 л. 661; д. 185 л. 714; д. 188 л. 726.

²⁾ Гантоверъ, Залоговое право, стр. 29.

³⁾ А. Ю. 233, 236, 237, 240, 241, 242, 15; А. отв. до Юр. Б. 126, III и IV, 52, V; Тверскіе акты, 69; цыдвинскіе акты 1; ак. Федотова-Чеховскаго 75.

⁴⁾ А. Ю. 414 и 422; ак. Федотова-Чеховскаго 82 и 94.

ся имуществомъ не въ силу своего залогового права, а исключительно „за ростъ“; изъ двухъ дополнительныхъ договоровъ, сопровождавшихъ заемъ — договора о залогѣ и договора о процентахъ — основаніемъ для пользованія кредитора служилъ не первый, а второй. Выводъ, который могъ-бы совершенно подорвать теорію залога, какъ отчужденія, требующаго *ipso jure* передачи имущества кредитору. Этотъ выводъ тѣмъ опаснѣе для теоріи Мейера, что онъ относится къ эпохѣ, когда московское право еще не было окончательно сложившимся. Поэтому, рѣзкія черты, которыми отличается пользованіе кредитора въ этотъ періодъ и которыя сглаживаются впоследствии, могутъ и должны быть приняты, какъ указаніе не только на юридическую природу его правъ, но также на ихъ историческое происхождение.

Неудивительно, что и самъ Мейеръ, и его приверженцы направляли немало усилий на истолкованіе формулы „за ростъ пахати (косити)“. Мейеръ пытался доказать, что въ этой формулѣ заключается не договоръ о ростѣ въ видѣ пользованія, а наоборотъ, договоръ объ отмѣнѣ роста. Именно, такъ какъ, по природѣ залогового права, предоставляемаго кредитору, онъ получаетъ владѣніе и пользованіе заложеннымъ объектомъ, то несправедливо было бы обременять должника еще процентами; поэтому, стороны оговариваютъ, что пользованіе, принадлежащее вѣрителю, должно служить ему „за ростъ“¹⁾. Нельзя отказать этому объясненію въ большой логической стройности и даже въ красотѣ; однако, согласиться съ нимъ едва-ли возможно. Прежде всего, ростъ далеко не былъ въ древне-русскомъ правѣ такимъ необходимымъ атрибутомъ заемной сдѣлки, чтобы его отсутствіе въ конкретномъ случаѣ являлось „отмѣной“ и должно было специально оговариваться. Въ заемныхъ, какъ обезпеченныхъ залогомъ, такъ и безъ него, мы сплошь и рядомъ встрѣчаемъ займы,

¹⁾ Юридич. Сборн., стр. 248—9.

совершенные безъ роста или съ платежемъ роста лишь послѣ просрочки¹⁾. Съ другой стороны, существуютъ единичныя закладныя, гдѣ устанавливаются одновременно ростъ за одну часть долга и пользованіе имуществомъ за другую. Такъ, въ правой грамотѣ 1547-го года²⁾ приведена закладная въ 250 рублей съ условіемъ: „полтараста рублевъ мнѣ (залогодержателю) пахати; а на ста рублевъ мнѣ у князя Ондreja (залогодателя) ростъ имати“. Эта закладная чрезвычайно интересна въ смыслѣ характеристики правосознанія. По видимому, „пахати“ и „ростъ имати“ представлялись для сторонъ явленіями совершенно одинаковаго разряда. Между этими двумя условіями не проводится никакой принципиальной разницы. Если доходомъ съ имѣнія кредиторъ не удовлетворяется — устанавливается добавочный ростъ; если доходъ съ имѣнія превышаетъ тотъ размѣръ роста, на который стороны согласны — появляется условіе, упоминаемое въ Цыдвинской закладной 1652-го года³⁾: „а коситъ та пожня мнѣ Андрѣю (залогодателю) самому, а ему Ивану с тое пожни сѣна даватъ третъ, а мнѣ Андрѣю два жеребья“.

Мейеръ думалъ найти подтвержденіе своей теоріи въ тѣхъ случаяхъ залога, когда имущество передавалось кредитору внѣ всякой зависимости отъ условій о ростѣ. По его мнѣнію, въ этихъ закладныхъ отражается воззрѣніе на передачу имущества, какъ естественное слѣдствіе залога; сопоставляя ихъ съ тѣми, гдѣ кредиторъ пользовался „за ростъ“ можно убѣдиться, что въ послѣднемъ случаѣ пользованіе служило не видо́мъ роста, а наоборотъ; обстоятельствомъ, устраивающимъ ростъ⁴⁾. Нельзя не замѣтить съ перваго взгляда; что эта аргументація нѣсколько натянута. Тѣ за-

¹⁾ Напр. А. Ю. 245, 250; 251, 253; 255, 256; то-же самое при залогѣ мы встрѣчаемъ въ Собр. гос. Гр. и Дог. т. II, № 53.

²⁾ А. отн. до Юр. Б. 52, V.

³⁾ Цыдвинскіе акты 7.

⁴⁾ Юридич. Сборн., стр. 249.

кладныя, гдѣ пользованіе передается независимо отъ условій о ростѣ, скорѣе могли-бы служить доводомъ противъ Мейера, нежели въ пользу его теоріи. Онѣ показываютъ съ несомнѣнностью, что формула „за ростъ пахати (косити)“ не можетъ быть объяснена, какъ оговорка объ отмѣнѣ роста, потому что въ такой оговоркѣ, очевидно, не было никакой надобности. А если такъ, то установленіе пользованія, на первыхъ порахъ, *всегда* „за ростъ“ показываетъ, что пользованіе имуществомъ со стороны кредитора совершенно не вытекало изъ природы понятія о залогѣ ¹⁾.

Къ сожалѣнію, этотъ вопросъ осложняется еще болѣе тѣмъ неудачнымъ примѣромъ, который выбралъ Мейеръ. Въ А. Ю., которыми онъ располагалъ, ему удалось найти лишь одну закладную 1628-го года ²⁾, гдѣ владѣніе и пользованіе было передано кредитору не „за ростъ“. Но въ этомъ случаѣ передача имущества, повидимому, лишь предполагается Мейеромъ; потому что въ самой закладной это условіе совершенно отсутствуетъ. Да и вообще, закладная эта возбуждаетъ очень сильныя сомнѣнія. Она заключена въ 1628-омъ году (точнѣе моментъ не указанъ) срокомъ на 1 марта *той же года*. Слѣдовательно, залогъ въ значительной по тому времени суммѣ 200 рублей совершенъ менѣе, чѣмъ на 2 мѣсяца, и, притомъ, на 2 зимнихъ мѣсяца, въ теченіе которыхъ нѣтъ ни урожая, ни укуса; а между тѣмъ, немедленно по просрочкѣ закладная превращается въ купчую. Само собою понятно, что эта закладная и не могла заключать условія, кому вотчину „пахати“; но истинный характеръ сдѣлки, вообще, станетъ для насъ сомнительнымъ, если мы примемъ во вниманіе, что залогодержателемъ былъ монастырь, который, согласно указу 1 мая 7065 (1557) г. ³⁾, не могъ приобрѣтать землю покупкой.

¹⁾ По вопросу о значеніи формулы „за ростъ пахати (косити)“ см. подробнѣе ниже, стр. 85 и слл..

²⁾ А. Ю. 254.

³⁾ См. Хитрово, Законодательныя памятники 16 и 17 столѣтій, стр. 207.

Въ настоящее время мы располагаемъ цѣлымъ рядомъ другихъ изданныхъ актовъ, гдѣ имущество было передано кредитору безъ всякихъ условій о ростѣ. Еще большее количество такихъ актовъ, вѣроятно, имѣется въ неизданныхъ дѣлахъ Помѣстнаго Приказа. Проф. Базановъ свидѣтельствуетъ, что въ этихъ дѣлахъ встрѣчается только въ актахъ, совершенныхъ на окраинахъ, формула „за ростъ пахати (косити)“, въ центрѣ же она замѣняется другой формулой: „а владѣть тою землею ему (кредитору), и землю пахать, и сѣно косить, и рыбу ловить“¹⁾. Однако, все эти акты (въ томъ числѣ весь безъ исключенія архивъ Помѣстнаго Приказа) относятся уже къ 17-му вѣку. Мы видѣли, что и въ эту сравнительно позднюю эпоху пользованіе кредитора не является необходимымъ атрибутомъ залога²⁾; но тамъ, гдѣ договоръ о передачѣ пользованія сопровождается залогомъ, онъ совершается въ абстрактной формѣ, безъ указанія на его *ratio*. Въ этомъ смыслѣ чрезвычайно важно то, что въ хронологическомъ порядкѣ формула „за ростъ пахати (косити)“ предшествуетъ абстрактной формулѣ, найденной Базановымъ въ дѣлахъ Помѣстнаго Приказа: такая знаменательная послѣдовательность во времени лучше всего подтверждаетъ ихъ генетическую связь. Этого совершенно не опровергаетъ возраженіе проф. Базанова, что „за ростъ пахати (косити)“ есть „выраженіе мѣстное и временное“³⁾. „Мѣстнымъ“ его нельзя назвать, потому что въ 15 и 16 вѣкахъ оно встрѣчается на всемъ протяженіи Московской Руси: и въ Московскомъ районѣ⁴⁾, и близъ Кашина⁵⁾, и въ нынѣшнемъ Чердынскомъ уѣздѣ⁶⁾, и въ низовыхъ земляхъ⁷⁾; самъ проф. Базановъ

¹⁾ Базановъ, Вотчинный режимъ въ Россіи, стр. 31.

²⁾ См. выше, стр. 71—2. Подробнѣе объ этомъ ниже, въ слѣдующей главѣ.

³⁾ Базановъ, *l. c.*, стр. 38, прим. 84.

⁴⁾ А. Ю. 233, 236, 237, 240, 241, 242.

⁵⁾ А. отн. до Юр. Б. 126, III.

⁶⁾ Цыдвинскіе акты 1.

⁷⁾ Ак. Федотова-Чеховскаго 75.

отмѣчаетъ въ другомъ мѣстѣ¹⁾, что въ 17 в. оно „ютится на окраинахъ“, а въ предыдущую эпоху господствуетъ и въ центрѣ. „Временной“ формула „за ростъ пахати (косити)“ дѣйствительно является; но ея временный характеръ не умаляетъ ея значенія, какъ показателя тѣхъ основаній, по которымъ въ извѣстную эпоху пользованіе передавалось кредитору—и, притомъ, именно въ ту эпоху, когда мы впервые наблюдаемъ въ широкихъ размѣрахъ пользованіе кредитора заложеннымъ объектомъ. Еще менѣе можно согласиться съ возраженіемъ Гантовера, который готовъ и эти закладныя признать за „исключенія“²⁾. Если мы соединимъ два разряда исключеній,—тѣ сдѣлки, гдѣ имущество вовсе не передавалось кредитору, и тѣ, гдѣ оно передавалось ему подъ условіемъ „за ростъ пахати (косити)“,—то мы исчерпаемъ всѣ извѣстныя намъ закладныя 15 и 16 вѣковъ³⁾. Позволительно спросить, какія-же закладныя въ теченіе этихъ двухъ столѣтій выражаютъ правило?

Наименѣе, быть можетъ, обоснованная часть теоріи Мейера—это та, гдѣ онъ доказываетъ, что кредиторъ имѣлъ на заложенное имущество не только права владѣнія и пользованія, но и право распоряженія⁴⁾. Единственными памятниками, на которыхъ основано это смѣлое утвержденіе, являются закладная князя Ухтомскаго отъ 1559 года⁵⁾, духовная 1571 года⁶⁾ и мѣновная князя Шелещпальскаго отъ 1582 года⁷⁾. Не будемъ говорить о томъ, что 3 акта представляютъ слишкомъ ничтожный матеріалъ для такого серьезнаго и рискованнаго вывода; но болѣе внимательное разсмотрѣніе убѣ-

¹⁾ Вотчинный режимъ въ Россіи, стр. 31 и 38—9.

²⁾ Залоговое право, стр. 28.

³⁾ За исключеніемъ, конечно, тѣхъ закладныхъ, въ которыхъ участь имущества до срока, вообще, не извѣстна намъ опредѣленно.

⁴⁾ Юридич. Сборн., стр. 253.

⁵⁾ А. Ю. 241.

⁶⁾ А. Ю. 422.

⁷⁾ А. Ю. 106.

дить насъ, что даже въ этихъ 3-хъ конкретныхъ случаяхъ право кредитора на распоряженіе заложеннымъ имуществомъ остается недоказаннымъ. Въ этомъ смыслѣ въ литературѣ уже говорилось о духовной 1571 года. Здѣсь монастырю завѣщано имущество, находящееся въ залогѣ у третьяго лица; на случай, если у послѣдняго не окажется залога „въ лицѣхъ“, завѣщано „взять у него цѣну по сей духовной“. Мейеръ объясняетъ этотъ актъ правомъ кредитора на распоряженіе; однако, возможны, кажется, и другія объясненія.

Одно изъ такихъ объясненій было предложено проф. Владимірскимъ-Будановымъ ¹⁾. По его мнѣнію, возможность, что залога не окажется „въ лицѣхъ“, зависитъ отъ состава заложеннаго имущества: именно, въ составѣ залога, наряду съ соляной варницей, было также 4 „мерина“, и эти лошади, какъ объекты живые, могли не оказаться „въ лицѣхъ“ по какимъ-нибудь естественнымъ причинамъ, совершенно не зависѣвшимъ отъ залогодержателя. Это объясненіе, конечно, было-бы вполне достаточно; но, къ сожалѣнію, оно не совсѣмъ подтверждается содержаніемъ акта. Въ духовной цѣна въ 25,5 р. указана вмѣстѣ за варницу и за лошадей. Еслибы завѣщатель думалъ о естественныхъ причинахъ, которыя могли поразить лишь одну часть залога, то онъ, безъ сомнѣнія, выдѣлилъ бы эту часть при оцѣнкѣ и сказалъ-бы: „а не будетъ у него того заклада въ лицѣхъ, ино взяти у него варница, а за мерины столько-то“. Кромѣ того, сомнительно вообще, чтобы залогодатель въ то время имѣлъ право требовать какого-либо вознагражденія въ случаѣ падежа заложеннаго скота. Мы не располагаемъ памятниками, которые позволили-бы судить о распредѣленіи риска въ подобномъ случаѣ въ томъ періодѣ, къ которому относится разбираемая духовная. По Уложенію

¹⁾ М. Ф. Владимірскій-Будановъ, Хрестоматія по исторіи русскаго права, вып. III, стр. 19, прим. 58.

царя Алексѣя Михайловича залогодержатель не только не обязанъ возвращать какихъ-либо излишковъ цѣны, но даже, наоборотъ, можетъ претендовать на обратное получение половины долга ¹⁾. Если даже считать вмѣстѣ съ Кассо эту норму рецепированной изъ Литовскаго Статута ²⁾, то наиболѣе вѣроятнымъ рѣшеніемъ въ періодъ до рецепции будетъ то, что залогодержатель терять право на долгъ, а залогодатель право на излишки. Въ обоихъ случаяхъ цитированное объясненіе духовной 1571-го года окажется сомнительнымъ.

Тѣмъ не менѣе, этотъ актъ по другимъ основаніямъ не можетъ быть приводимъ въ доказательство права залогодержателя распоряжаться заложеннымъ имуществомъ. Онъ доказываетъ только фактическую *возможность* такого распоряженія (конечно, въ тѣхъ случаяхъ, когда имущество было передано во владѣніе залогодержателя), но отнюдь не его юридическую *правильность*. Въ нѣкоторыхъ актахъ очистка, или обязанность должника не вступаться послѣ просрочки, или даже обязанность его не спорить при записи просроченнаго имущества въ Помѣстномъ Приказѣ обеспечивается правомъ кредитора въ противномъ случаѣ „взяти на немъ деньги по сей кабаль“ ³⁾; но отсюда, разумѣется, не слѣдуетъ, чтобы въ этихъ актахъ за должникомъ утверждалось *право* не очищать имущества или спорить при просрочкѣ. Наоборотъ, взысканіе капитальной суммы въ этихъ актахъ явно носитъ характеръ неустойки; и есть основанія думать, что иногда въ подобныхъ случаяхъ сумма залога въ кабаль даже писалась выше дѣйствительной суммы ⁴⁾. Отсюда одинъ шагъ до обезпеченія должника въ такой-

¹⁾ Уложеніе, гл. X, ст. 197.

²⁾ См. Кассо, Понятіе о залогѣ въ современномъ правѣ, стр. 67. Предположеніе это нельзя не признать вполне вѣроятнымъ.

³⁾ Напр. А. отн. до Юр. Б. 126, XII и XVII, 92 и др.

⁴⁾ См. объ этомъ ниже, въ слѣд. главѣ.

же формѣ противъ недобросовѣстности вѣрителя. Но если вѣритель обезпечивался неустойкой въ размѣрѣ своего интереса, совпадавшаго съ суммой (реальной или фиктивной) долга, то естественно было примѣнить этотъ же принципъ къ должнику, обезпечивая его неустойкой въ размѣрѣ цѣны заложеннаго имущества¹⁾. Быть можетъ, въ нашей духовной слѣдуетъ видѣть указаніе на неустоечный характеръ обязанности кредитора уплатить цѣну имущества въ значительной несоразмѣрности этой цѣны съ суммою долга: имущество, подѣ залогъ котораго выдано всего 8 рублей, оцѣнено въ 25,5. Что залогодатель, владѣвшій заложенымъ объектомъ, имѣлъ иногда фактическую возможность распорядиться имъ—это несомнѣнно. Но такое чисто-фактическое отношеніе вытекало не изъ залога, а изъ самаго факта обладанія; по крайней мѣрѣ, существуетъ актъ, гдѣ уже не залогодержатель, а только долгосрочный арендаторъ обязывается „той его отчинной земли... не продать и не заложить и ни въ какіе крѣпости не укрѣпить“²⁾.

На болѣе твердой почвѣ стоитъ Мейеръ во второмъ актѣ, въ закладной князя Ухтомскаго отъ 1559-го года³⁾. Князь Ухтомскій закладываетъ монастырю „закладное свое село, что мнѣ заложилъ князь Григорій Пронскій“. Съ перваго взгляда, дѣйствительно, кажется, что это несомнѣнный случай распоряженія имуществомъ со стороны залогодержателя; а между тѣмъ, онъ дѣйствовалъ открыто, не скрывая, что владѣеть селомъ по залогу, т. е. повидимому, онъ считалъ своимъ

1) Такой способъ обезпеченія должника мы встрѣчаемъ уже въ 107-ой ст. Псковской С. Гр., гдѣ въ случаѣ иска о возвратѣ заклада залогодержатель „захочетъ самъ поцѣлуеть, какъ за нимъ заклада не будетъ, или ему закладную цѣнку цѣною положить оу креста, или съ нимъ на поле лѣзеть“. См. Хрестоматію I, стр. 182.

2) А. Ю. 204.

3) А. Ю. 241.

дѣйствія правомѣрными. Однако, на дѣлѣ такое положеніе сомнительно. Проф. Владимірскій-Будановъ указалъ¹⁾, что „закладное село“ можетъ означать не только село, состоящее въ залогѣ, но также село, приобрѣтенное черезъ залогъ (путемъ просрочки)²⁾. Это, конечно, совершенно справедливо; но въ данномъ случаѣ, кажется, еще больше основанийъ предполагать, что подъ видомъ новаго залога произошла простая цессія залогового права со стороны кн. Ухтомскаго. Въ пользу такого предположенія говоритъ прежде всего упоминаніе о суммѣ, въ которой былъ совершенъ первый залогъ. Такое упоминаніе имѣетъ большое значеніе, если видѣть въ разбираемомъ актѣ передачу залогового права, ибо эта сумма точно совпадаетъ съ величиною того долга, въ обезпеченіе котораго кн. Ухтомскій закладываетъ село монастырю; но едва-ли оно могло-бы имѣть смыслъ, еслибы село въ моментъ второго залога уже составляло собственность прежняго кредитора, а нынѣ залогодателя. Характерно заключеніе этой закладной: „А старые еси кабалы и запись очищелную, что у меня взяты на князя Григорья, отдалъ старцю-жь Никодиму“. Еслибы кн. Ухотомскій закладывалъ село, дѣйствительно, отъ себя (независимо отъ того, былъ-ли онъ въ это время уже собственникомъ или еще только залогодержателемъ), то на него, конечно, была-бы возложена обязанность отчистки. Ничего подобнаго мы въ закладной не видимъ. Въмѣсто самостоятельной обязанности очищать имущество онъ передаетъ „запись очищелную“ прежняго залогодателя; вмѣсто „старыхъ грамотъ той земли“, которыхъ отъ него потребовали-бы при самостоятельномъ залогѣ, онъ выдаетъ лишь „старые кабалы, что у него взяты на князя Григорья“. Другими словами, кн. Ухтомскій не основываетъ самостоятельнаго

¹⁾ Хрестоматія, вып. III, стр. 19, прим. 58.

²⁾ Хотя обыкновенно акты въ подобныхъ случаяхъ выражаются: „село такое-то (или дворъ такой-то), что мнѣ просрочили такіе-то“; ср., напримѣръ, А. отн. до Юр. Б., 126, XIV.

права, а только передаетъ монастырю то, что самъ имѣть—свои залоговыя отношенія къ кн. Пронскому. Смыслъ такихъ сдѣлокъ обнаруживается нѣсколько яснѣе въ аналогичныхъ западно-русскихъ актахъ. Такъ, напр., въ одной закладной кн. Чарторыжскаго отъ 1580-го года ¹⁾ говорится: „если-бы въ это время случилась пану Иваницкому (залогодержателю) нужда въ деньгахъ, то вольно ему будетъ заложить кому захочетъ имѣніе наше въ вышеозначенной занятой нами суммѣ, со всѣмъ на все, уступить и передать его съ правами и обязанностями, въ семь нашемъ листѣ означенными“. Здѣсь, въ сущности, совершается не новый залогъ, который, конечно, предполагалъ-бы право распоряженія со стороны кредитора, а только передача новому лицу уже существующаго залогового права „со всѣмъ на все“. Если и можно видѣть въ такой передачѣ признаки распоряженія имуществомъ, то, во всякомъ случаѣ, это лишь частная форма распоряженія, весьма ограниченная въ смыслѣ объема содержащихся въ ней правъ и совершенно не тождественная съ правомъ распоряженія въ обширномъ смыслѣ, о которомъ говорить Мейеръ ²⁾.

Наконецъ, въ качествѣ послѣдняго, самаго сильнаго довода въ пользу права залогодержателя распоряжаться заложеннымъ имуществомъ, Мейеръ выдвигаетъ мѣнновную кн. Шелешпальскаго ³⁾. Здѣсь обстоятельства дѣла, съ перваго взгляда, прямо разительны. Кн. Феодоръ Шелешпальскій вымѣниваетъ у Кирилловскаго монастыря вотчину, заложенную послѣднему его теткой, кн. Марѳой. Мѣна, явно и несомнѣнно, происходитъ до срока залоговой сдѣлки; и при этомъ не

¹⁾ Памятники, изданные временной комиссіей для разбора древнихъ актовъ, отд. II, № 8; переводъ комиссіи.

²⁾ Къ тому-же, цессія залогового права далеко не составляетъ особенности правъ залогодержателя въ древности; скорѣе она является характерной именно для новаго права.

³⁾ А. Ю. 106.

только монастырь считает себя дѣйствующимъ правомѣрно, но даже сами залогодатели изъявляютъ на сдѣлку свое согласіе. Однако, уже въ Хрестоматіи проф. Владимірскаго-Буданова было отмѣчено, что именно этотъ моментъ согласія залогодателей подрываетъ аргументацію Мейера ¹⁾. Въ самомъ дѣлѣ, можно ли выводить право залогодержателя на совершеніе данной сдѣлки изъ природы залога, если онъ совершилъ ее по специальному полномочію отъ собственника? Скорѣе наоборотъ: полномочіе отъ собственниковъ можно было-бы приводить въ доказательство того положенія, что безъ такого полномочія залогодержатель не въ правѣ былъ совершить сдѣлку. Но на дѣлѣ мѣновная князя Шелешпальскаго не даетъ достаточныхъ основаній и для этого вывода. Всмотриваясь внимательно въ содержаніе интересующаго насъ акта, мы убѣдимся, что „мѣны“ въ обычномъ смыслѣ, т. е. въ смыслѣ обоюдого перехода права собственности, здѣсь не произошло. Мѣновная кн. Θεодора Шелешпальскаго позволяетъ намъ до нѣкоторой степени возстановить отношенія, предшествовавшія мѣнѣ. Отношенія эти сводятся къ слѣдующему.

Два родовыхъ села кн. Шелешпальскихъ, Воздвиженское и Покровское, находимся въ совмѣстномъ (кажется, даже общемъ) владѣніи кн. Θεодора и наследниковъ его дяди: вдовы послѣдняго кн. Марыи и ея сына. Кн. Марыя съ сыномъ заложили въ Кирилловскій монастырь и передали монастырю во владѣніе свою часть ($\frac{1}{3}$ села Воздвиженскаго и $\frac{1}{2}$ села Покровскаго). Такимъ образомъ, кн. Θεодору, вмѣсто совладѣнія съ близкими родственниками, стало угрожать совладѣніе съ монастыремъ. Желая этого избѣгнуть, онъ, „договорясь съ вотчичи, съ теткою своею... да съ братомъ своимъ“, „промѣниваетъ“ свою часть села Воздвиженскаго на заложенную часть села Покровскаго. При

¹⁾ Хрестоматія, вып. III, стр. 19, прим. 58

этомъ вся „мѣна“ носить такой характеръ, что стороны передаютъ другъ другу не собственность, а только временное условное владѣніе. Такъ, всѣ участники сдѣлки возвращаются къ прежнему положенію въ случаѣ выкуна имущества со стороны залогодателей: послѣдними возвращаются тѣ самыя земли, которыя отданы имъ въ залогъ, а кн. Феодоръ получаетъ вмѣсто „вымѣнянныхъ“ земель назадъ свои земли, уступленныя монастырю. Далѣе, стороны предусматриваютъ возможность, что земля, переданная контрагенту, затѣмъ будетъ у него конфискована вслѣдствіе опалы на передавшего. Очевидно, эта земля юридически не выходила изъ собственности передающей стороны; и это подтверждается еще тѣмъ, что въ случаѣ конфискаціи рискъ лежитъ на этой передающей сторонѣ, а пострадавшему контрагенту должны быть возвращены тѣ земли, которыя онъ уступилъ при „мѣнѣ“ (и которыя сами подлежали-бы конфискаціи, еслибы вошли юридически въ составъ имѣній противной стороны). Все это доказываетъ, что мѣны въ обычномъ смыслѣ не произошло, а произошло только временное полюбовное разверстаніе общаго владѣнія до того срока, пока совладѣльцами снова не станутъ родственники. Обѣ стороны были на новыхъ земляхъ въ положеніи временныхъ хозяевъ; это лучше всего подтверждается ихъ уговоромъ, что каждая сторона должна и впредь платить подати съ той земли, которую отдаетъ, а не съ той, которую получаетъ. И если даже для такого чистохозяйственнаго распоряженія имуществомъ потребовалось согласіе „вотчиковъ“, то на этомъ актѣ, во всякомъ случаѣ, нельзя обосновывать права кредитора на распоряженіе отчуждательное.

Подводя итогъ всему сказанному, мы увидимъ, что въ 15 и 16 вѣкахъ той формы залога, на которой настаиваетъ Мейеръ, по всей вѣроятности, не существовало. Относительно распоряженія нѣтъ никакихъ основаній утверждать, чтобы оно передавалось кредитору

Передача владѣнія и пользованія не являлась обязательной. Наконецъ, даже въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ владѣніе и пользованіе передавались залогодержателю, передача владѣнія происходила съ цѣлью огражденія его интересовъ отъ злоупотребленій со стороны должника, а передача пользованія—въ видѣ условія: „за ростъ пахати (косити)“.

М. Ф. Владимірскаго-Буданова ¹⁾ первый рѣшилъ высказаться опредѣленно въ пользу истолкованія этой формулы (въ буквальномъ смыслѣ ²⁾). „Для историческаго изученія залога—говоритъ почтенный ученный—въ высшей степени важно, что *первоначально* ³⁾ право пользованія на заложенную вещь возникало изъ условій о ростѣ (иначе не откуда было явиться и самой формулѣ); а стало быть въ первоначальномъ и древнѣйшемъ понятіи залога въ это право не включалось право пользованія“. Къ этому выводу примкнулъ и В. А. Удинцевъ ⁴⁾. Такое пониманіе формулы „за ростъ пахати (косити)“ имѣетъ прежде всего преимущество простоты. Здѣсь формула принимается въ своемъ прямомъ смыслѣ, безъ всякихъ ограничительныхъ или расширительныхъ толкованій. Но, кромѣ того, оно подтверждается актами. Въ правой грамотѣ 1511-го года ⁵⁾ мы находимъ некую „жалобу“ слѣдующаго содержанія: „То, господине, деревня Шуклинская отчина наша; а заложилъ, господине, ту деревню дѣдъ мой Микита и отецъ мой Александръ Кириловскому игумену Игнатію въ трехъ рублѣхъ въ Новгородскихъ, а за ростъ было имъ, господине, та деревня пахати; и нынѣ, господине, язъ у нихъ ту деревню выкупаю, и они мнѣ, господине, тое деревни не отдадутъ, а денегъ

¹⁾ Обзоръ Ист. Русск. Пр., стр. 592.

²⁾ До него, къ этому взгляду, повидимому, склонялся Неволинъ. См. выше, стр. 65, прим. 6.

³⁾ Курсивъ автора.

⁴⁾ Исторія Займа, стр. 95 и сл.

⁵⁾ А. Ю. 15; она же у Федотова-Чеховскаго подъ № 24.

не возмутъ“. Не приходится говорить о томъ что, здѣсь истецъ имѣеть въ виду не „залогъ-отчужденіе“: черезъ три поколѣнія послѣ залога онъ называетъ деревню своею отчиною! Но этотъ актъ показываетъ, что слова „за ростъ пахати“ должны быть понимаемы именно, какъ указаніе на титулъ пользованія залогодержателя. Въ противномъ случаѣ истецъ едва-ли сталъ-бы заниматься возстановленіемъ условій о ростѣ тамъ, гдѣ монастырь отрицалъ самый фактъ залога ¹⁾ и, слѣдовательно, спорнымъ пунктомъ было основаніе, по которому онъ владѣлъ землею. Что пользованіе въ принципѣ, логически, было отдѣлимо отъ владѣнія и потому должно было передаваться не въ качествѣ его принадлежности, а по самостоятельнымъ основаніямъ— это можно подтвердить ссылкой на западно-европейскіе акты, гдѣ они иногда раздѣляются на практикѣ. Такъ, Pertile приводитъ генуэзскій актъ 1160-го года, гдѣ залогодержатель пишетъ: „... tibi trado possessionem, retinendo mihi usumfructum“ ²⁾. Такимъ образомъ, владѣніе и пользованіе не были связаны неразрывно. Каждое изъ нихъ передавалось кредитуру по самостоятельнымъ основаніямъ: владѣніе потому, что безъ его передачи невозможно было создать для кредитора достаточно сильное обезпеченіе, а пользованіе потому, что его предоставленіемъ залогодержателю стороны стремились замѣнить уплату роста.

Изъ этихъ двухъ элементовъ, 1) необходимости въ надежныхъ гарантіяхъ для кредитора, а 2) условій о ростѣ, постепенно развивалась въ русскомъ правѣ новая форма залога. Имущество при самомъ совершеніи закладной передавалось кредитуру, который могъ безотчетно пользоваться его плодами вмѣсто процентовъ. Въ 16-омъ вѣкѣ мы застаемъ эту форму въ московскомъ правѣ уже вполне сложившейся. Ея существо-

¹⁾ Утверждая, что „деревня та изстари наша“.

²⁾ Pertile, Storia del diritto italiano, t. IV, p. 518 9, n. 14.

ваніе засвидѣтельствовано въ извѣстномъ указѣ 11-го января 1558-го года ¹⁾. „Которые люди—гласить этотъ указъ—займовали денги у кого-нибудь, а въ тѣхъ денгахъ *закладывали вотчины свои за ростъ пахати*, и тѣмъ людемъ“... „А та вотчина закладная тому, кому изъ закладу какову вотчину выдадутъ, держати за собой, доколѣ своему должнику (кредитору) выплатить, а у иного въ ту-же пять лѣтъ *тое вотчину за ростъ пахати* не заложити ни у кого, ни продати, ни промѣнити, ни въ приданья, ни по душѣ не отдати, доколѣ всѣ денги выплатить“. „А будетъ на томъ купцѣ, опречь тое вотчины, которую онъ купилъ, тѣхъ денегъ, у кого она была *заложена за ростъ пахати*, доправити не мочно: и та вотчина у того купца взяти, да отдати тому, у кого она *въ закладъ была за ростъ пахати*“. Терминологія этого указа не оставляетъ сомнѣній, что законодатель говоритъ здѣсь именно объ опредѣленной формѣ залога, объ опредѣленномъ юридическомъ институтѣ. Формула „за ростъ пахати“ становится эпитетомъ не только этого вида залога, но даже самой заложенной вотчины. Повидимому, въ новгородскомъ правѣ, которое, въ связи съ историческими судьбами Великаго Новгорода, должно было развиваться быстрѣе московскаго, возникла гораздо раньше передача имущества кредитору. По крайней мѣрѣ, мы застаемъ ея слѣды, какъ уже было замѣчено выше ²⁾, съ 12—13 столѣтій.

Однако, изъ какихъ бы основаній ни возникла передача вѣрителю заложеннаго имущества, она, несомнѣнно, должна была отразиться такъ или иначе на характерѣ института залога. Прежде всего, измѣненіе должно было чувствоваться въ области условій о срокѣ. При уплатѣ процентовъ деньгами едва-ли можетъ

¹⁾ Указная книга вѣдомства казначеевъ № 8. См. въ Хрестоматіи проф. Владимірскаго-Буданова, вып. III, стр. 18—21; Хитрово, Законодательные памятники, стр. 188—189.

²⁾ Стр. 62—3.

возникнуть затрудненіе, какъ быть, если бы должникъ сталъ платить до срока: эта уплата, конечно, не освобождаетъ его отъ обязанности заплатить и проценты. По Псковской Судной Грамотѣ (ст. 74)¹⁾ должникъ въ этомъ случаѣ платитъ проценты съ учетомъ за время до срока; но, само собою понятно, не можетъ быть и рѣчи о томъ, чтобы кредиторъ оставался безъ удовлетворенія за время, пока его капиталъ находился въ пользованіи должника. Иныя условія наступали, когда кредиторъ имѣлъ не право требовать проценты отъ должника, а только право присвоить ихъ изъ доходовъ имущества. Сельскія имѣнія, составлявшія главный объектъ залога „за ростъ пахати“, даютъ почти весь свой доходъ періодически, во время урожая и укоса. Должникъ, выкупивъ имущество до этого момента, могъ оставить займодавца безъ всякаго удовлетворенія за его капиталъ. Отсюда возникала необходимость ограничить право выкупа опредѣленными моментами, до наступленія которыхъ должникъ не можетъ выкупить своего имущества. Въ нѣкоторыхъ памятникахъ итальянскаго права сохранились нормы, вызванныя къ жизни этой необходимостью. Такъ, напр., въ Stat. Cons. Nicias, lex mun., I, 49 имѣется постановленіе: „il debitore non può liberare il pegno, nisi creditor fructus prius receperit“²⁾. Изъ московскаго право намъ неизвѣстно такихъ общихъ нормъ; но въ связи съ указанной причиной, повидимому, измѣнялось значеніе сроковъ: они являлись уже не столько конечными, сколько начальными моментами для выкупа. Въ одной закладной 1561-го года³⁾ читаемъ: „А выкуплю язъ князь Иванъ у сестры своей Марьи тое свою вотчину въ ту пять лѣтъ (срокъ), ино на мнѣ на князѣ Иванѣ взяти, по сей кабалѣ, денги

¹⁾ Хрестоматія I, стр. 168.

²⁾ „... должникъ не можетъ выкупить залога, пока кредиторъ не собралъ плодовъ“. Pertile, Storia del diritto italiano, t. IV, p. 518, n. 13.

³⁾ А. Ю. 242.

вдвое, шестьдесят рублей“. Въ цитированной выше западно-русской закладной 1580-го года ¹⁾ (залогъ на 3 года) говорится: „Мы не будемъ съ году на годъ и между сроками выкупать у ихъ милостей то имѣніе наше, ни уплачивать долга“. Въ закладныхъ срокомъ на нѣсколько лѣтъ (какъ въ вышеприведенныхъ) оговаривалось, такимъ образомъ, чтобы должникъ не выкупалъ „съ году на годъ“. Но значительное большинство закладныхъ 15 и 16 вѣка являются краткосрочными и совершаются обыкновенно на срокъ не болѣе года. Здѣсь мы не встрѣчаемъ такихъ оговорокъ—вѣроятно, потому, что практика и безъ нихъ не допускала выкупа въ убыточные для кредитора моменты. Зато выкупъ послѣ срока встрѣчается и здѣсь, какъ нормальное явленіе. Уже было упомянуто о дѣлѣ 1511-го года ²⁾, гдѣ истецъ ходатайствовалъ о выкупѣ, по его собственнымъ словамъ, черезъ 20 лѣтъ послѣ залога. Хотя судъ въ выкупѣ отказалъ, но не вслѣдствіе просрочки закладной, а исключительно по недоказанности самаго факта залога. Характерно, что въ этомъ дѣлѣ ни стороны, ни судъ ни разу даже не заинтересовались вопросомъ, на какой срокъ была совершена закладная; а между тѣмъ, его совершенно нельзя отнести къ случаямъ несвязаннаго срокомъ закладной родового выкупа, потому что истцомъ былъ сынъ и внукъ залогодателей ³⁾. Въ другомъ дѣлѣ (о подложныхъ актахъ) отъ 1547-го года ⁴⁾ великій князь постановилъ: „....а будетъ князю Ондрѣю и князю Юрью и князю Василью (залогодателямъ) до вотчины, и имъ дати Ивану (залогодержателю) за ту вотчину полтораста рублей безъ росту да сто рублей съ роста отъ.... (такого-то

¹⁾ Памятники, изданные врем. комиссіей для разбора др. актовъ, отд. II, 8.

²⁾ Правая грамота въ А. Ю. 15.

³⁾ Извѣстно, что право родового выкупа принадлежало только боковымъ родственникамъ (какъ и теперь).

⁴⁾ А. отн. до Юр. Б. 52, V.

числа: момента совершенія закладной)“. И здѣсь ни малѣйшаго упоминанія о конечномъ срокѣ выкупа; срокъ закладной есть только начальный, а конечный срокъ опредѣляется однимъ только условіемъ: „будеть имъ до земли“. На далекой сѣверо-восточной окраинѣ, въ нынѣшнемъ Чердынскомъ уѣздѣ, мы еще въ 17-омъ и даже 18-омъ вѣкахъ встрѣчаемъ условіе: „А на срокъ денги не стануть, кои въ сей кабатѣ писалъ, ино ему Ивану тою подпискою владѣтъ вперед по тому же и до выкупу“¹⁾; или „... ино ему впередъ владеть и до выкупа, когда за мной денги побудуть“²⁾. Въ центрѣ Московскаго государства, конечно, не можетъ быть рѣчи о господствѣ этихъ взглядовъ въ 18-мъ вѣкѣ. Уже въ 1662-мъ году мы встрѣчаемъ одно дѣло³⁾, гдѣ судъ отказалъ въ выкупѣ послѣ срока на основаніи ст. 33 гл. 17 Уложенія царя Алексѣя Михайловича, гласящей: „Будеть кто закладную вотчину кому просрочить и учнегъ о выкупѣ той своей вотчины бити челомъ Государю послѣ срока, и ему въ томъ отказать, и закладныя его вотчины на выкупъ ему не давать, а велѣтъ такія вотчины по закладнымъ писати за тѣми людьми, кому тѣ вотчины просрочены“. Однако, есть основаніе думать, что эта норма не вполне привилась къ правосознанію массъ. Еще въ указѣ 1714-го года о единонаслѣдіи⁴⁾ говорится: „У которыхъ людей деревни и земли заложены до сего указа и *просрочены*, или и не просрочены: и тѣ деревни и земли выкупать по прежнему указу“. Очевидно, выкупъ послѣ срока продолжалъ допускаться и послѣ Уложенія. Недаромъ истецъ въ упомянутомъ дѣлѣ 1662-го года жалуется черезъ 32 года послѣ просрочки, что „намъ де они игумень съ братією той половины деревни Истока на выкупъ не отдали, и владѣють силно“ (т. е. насильно).

¹⁾ Цыдвинскіе акты 7 (1652-ой годъ).

²⁾ Ibidem, 19 и 20 (1754 и 1783 г.).

³⁾ Ак. Федотова-Чеховскаго 128.

⁴⁾ 1714 г. Марта 14 (П. С. З. № 2789).

Обращаясь къ актамъ 16-го вѣка, гдѣ кредитору было предоставлено „за ростъ пахати“, мы замѣтимъ, что въ нихъ очень часто попадаются указанія на длительный характеръ залоговыхъ отношеній. Въ закладной 1529-го года ¹⁾ залогодатель пишетъ: „а не будутъ у меня у Власа денги на срокъ, ино имъ та половина пожни косити по тому жъ“. Въ другой закладной 1550-го года ²⁾ читаемъ: „... а поляжетъ серебро по сроцѣ, ино князь Данилу тѣ деревни пахати по тому жъ“. Въ третьей закладной отъ 1559-го года ³⁾: „А полягутъ денги по сроцѣ, и старцемъ Кирилова монастыря по тому жъ за ростъ впредь владѣтъ селомъ и деревнями, и починки, и крестьяны“. Въ известной закладной кн. Ухтомскихъ отъ 1563-го года ⁴⁾ пользованіе кредитора „за ростъ“ лишь начинается съ момента просрочки. Въ цитированномъ дѣлѣ 1537-го года ⁵⁾ приведена закладная со слѣдующими условіями: „полтараста рублевъ мнѣ пахати, а на ста рублевъ мнѣ у князя Ондрѣя ростъ имати... А поляжетъ серебро по сроцѣ, ино Ивану (залогодержателю) пахати и владѣти и ростъ по тому жъ розчету“. А въ дѣлѣ 1511 года ⁶⁾, когда судьи спрашиваютъ истца—залогодателя, почему онъ не протестовалъ противъ записи вотчины за монастыремъ въ писцовыхъ книгахъ, онъ отвѣчаетъ: „молчалъ есми имъ, господине, потому что мнѣ было выкупити у нихъ тое деревни немочно; а нынѣ мнѣ, господине, выкупити у нихъ та деревня мочно“.

Въ новгородскомъ правѣ 13—15 вѣковъ этотъ длительный характеръ залоговыхъ отношеній сказался еще большей опредѣленностью. Такъ, въ духовной

1) А. Ю. 237.

2) А. Ю. 240.

3) А. Ю. 241.

4) А. Ю. 244.

5) А. отн. до Юр. Б. 52, V.

6) А. Ю. 15.

„чернечскаго старосты“ отъ 14-го вѣка ¹⁾ говорится о залогѣ, совершенномъ „до кунъ безъ хитрости: будутъ куны у Софонтыя свои, и игумену и черницамъ серебро и куны и жито Святаго Михаила взяти, и та земля Софонтыю“. Изъ позднѣйшей купчей на ту-же землю ²⁾ мы узнаемъ, что она была заложена въ монастырь еще дѣдомъ Софонтыя Василиемъ и окончательно куплена залогодержателемъ при внукаѣ Софонтыя, также Василии. Такимъ образомъ, залогъ, совершенный „до кунъ“, существовалъ пять поколѣній, и послѣ этого земля перешла въ собственность залогодержателя не въ силу просрочки, а по добровольному соглашенію. На такой безсрочный характеръ залоговъ, совершенныхъ „до кунъ“, указывалъ еще Н. Л. Дювернуа ³⁾.

Но какъ-же понимать въ такомъ случаѣ ту духовную 14—15 вѣка, гдѣ завѣщатель, называя одинъ изъ своихъ долговъ, говорить: „а въ томъ треть села въ заклади, *на два году до кунъ*“ ⁴⁾? Если залогъ совершенъ на срокъ, то что означаетъ прибавка: „до кунъ“? если залогъ совершенъ безсрочно, то что означаютъ эти два года? Не слѣдуетъ-ли понимать эти слова, какъ указаніе на то явленіе, которое было отмѣчено выше для московскаго права: что срокъ былъ въ извѣстный періодъ не конечнымъ, а начальнымъ моментомъ для права выкупа? Тогда противорѣчіе разъяснится просто: по существу залогъ совершенъ „до кунъ“, но залогодатель лишень права выкупать имущество раньше, нежели черезъ два года.

Нельзя не замѣтить, что такая безсрочность залоговыхъ отношеній вполне соответствовала экономическимъ условіямъ эпохи. Ни въ Московскомъ государствѣ въ 16-омъ вѣкѣ, ни въ новгородскихъ колоніяхъ въ 14-мъ и 15-мъ не существовало широко раз-

¹⁾ А. Ю. 409, IX.

²⁾ А. Ю. 37.

³⁾ Источники права и судъ, стр. 229.

⁴⁾ А. Ю. 409, IV.

витого торгового и промышленного оборота. Землевладѣніе было главнымъ приложеніемъ для значительныхъ капиталовъ бояръ и монастырей какъ въ Москвѣ, такъ и въ областяхъ, зависѣвшихъ отъ Новгорода. Особенно монастыри, бывшіе въ то время главными залогодержателями, настолько направляли все свои богатства на землевладѣніе, что уже съ 15-го вѣка стала возбуждаться вопросъ объ ограниченіяхъ—сначала въ средѣ самого духовенства (Максимъ Грекъ, Ниль Сорскій)¹⁾, потомъ со стороны государственной власти²⁾. Поэтому, залогодержатель, если только ему было предоставлено владѣніе землей, часто совершенно не былъ заинтересованъ въ обратномъ полученіи своихъ денегъ: все равно онъ не нашелъ-бы для нихъ другого, лучшаго приложенія. Съ другой стороны, экстенсивное хозяйство, особенно при нарождавшемся крѣпостномъ трудѣ, совершенно не требовало для своего веденія той прочной связи хозяина съ землей, которую даетъ право собственности. Здѣсь не существовало сложнаго инвентаря съ погашающейся и потому постоянно требующей возобновленія цѣнностью, не требовалось огромныхъ меліоративныхъ затратъ, возмѣщающихся въ теченіе многихъ лѣтъ, не требовалось даже затратъ на рабочую силу, потому что рабочая сила составляла принадлежность имѣнія. Имѣніе въ цѣломъ представляло какъ-бы автоматъ, работавшій самъ собою и требовавшій лишь общаго надзора и руководства со стороны хозяина. Понятно, что при такихъ условіяхъ экономическаго быта залогодержатель могъ свободно извлекать изъ имѣнія доходы, оставаясь хотя-бы десятки лѣтъ на положеніи временнаго владѣльца.

Л. А. Кассо полагаетъ, что основной, наиболѣе характерной чертой древне-русскаго залога, необходи-

¹⁾ См. Иконниковъ, Максимъ Грекъ; Архангельскій, Ниль Сорскій и Вассіанъ Патрикѣевъ.

²⁾ См. указъ 1 мая 7065 (1557 г.) у Хитрово, Законодательные памятники, стр. 207.

мой притомъ въ каждой залоговой сдѣлкѣ, было право залогодержателя присвоить имущество въ собственность послѣ просрочки ¹⁾ Къ сожалѣнію, почтенный ученый при изслѣдованіи этого вопроса пользовался главнымъ образомъ законодательнымъ памятникомъ сравнительно поздняго времени, Уложеніемъ царя Алексѣя Михайловича, и лишь вскользь, какъ-бы невзначай, указалъ для подтвержденія своего взгляда на два акта, изъ которыхъ одинъ относится къ 1640-му году, ²⁾ а другой къ 1499-му ³⁾. Такимъ образомъ, выводъ, до извѣстной степени обоснованный для середины 17-го вѣка, остался почти не провереннымъ для болѣе ранняго времени. Объ этомъ нельзя не пожалѣть. Еще Мейеръ указывалъ, что въ отдѣльныхъ, по его мнѣнію, исключительныхъ, случаяхъ способъ прекращенія залоговыхъ отношеній совершенно не предусматривается ⁴⁾. Мы уже видѣли, что подобные случаи представляютъ не исключенія, а особую, самостоятельную форму залогового права, имѣвшую большое распространеніе въ 15-мъ и 16-мъ вѣкахъ. Эта форма „заклада за ростъ пахати“, если можно такъ выразиться, официально удостовѣрена въ нормирующемъ ее указѣ отъ 11 янв. 1558-го года. Чрезвычайно интересно сопоставить его съ однимъ мѣстомъ непосредственно предшествовавшаго ему указа отъ 25 дек. 1557-го года ⁵⁾, гласящимъ: „А кто у кого займетъ денги въ ростъ, а заложить ручь (по объясненію Татищева „ручной закладъ“) кузнь („золото и серебро въ посудѣ и убранствахъ кованное“) или ма-

¹⁾ Кассо, Понятіе о залогѣ, стр. 296—298 и 300—301. Этотъ взглядъ высказывался еще Мейеромъ, но былъ какъ-бы заслоненъ другими, болѣе важными сторонами его теоріи. См. Юридич. Сборн., стр. 258, 263.

²⁾ Неизданная закладная въ собраніи Бѣляева.

³⁾ Закладная въ А. Ю. 234.

⁴⁾ Юридическій Сборникъ, стр. 258.

⁵⁾ Указная книга вѣдомства казначеевъ VII; см. Хрестоматія III, стр. 16, прим. 51 и Хитрово, Законодательные памятники, стр. 185.

ниста, или отчину, или ино что со срокомъ“.... Отчина, заложенная „со срокомъ“ вошла въ содержание этого указа; но слѣдующій указъ счелъ нужнымъ говорить особо о „закладѣ за ростъ пахати“. Самые способы взысканія въ томъ и въ другомъ случаѣ были совершенно различны: вотчины, заложеныя „за ростъ пахати“ велѣно „отдавати тѣмъ же людямъ назадъ, въ ихъ денгахъ пахати по старинѣ“, а вотчины, заложеныя „со срокомъ“ подвергати публичной продажѣ. Очевидно, въ сознаниі автора этихъ указовъ залогъ „со срокомъ“ и залогъ „за ростъ пахати“ не только не покрывали другъ друга, но даже до извѣстной степени противопологались другъ другу. Это — лишній доводъ въ пользу того взгляда, что залогъ „за ростъ пахати“ совершался въ половинѣ 16-го вѣка, по общему правилу, безъ срока (вопреки мнѣнію Кассо).

Однако, въ литературѣ возбуждено сомнѣніе относительно подлинности цитированнаго мѣста изъ указа 25 дек. 1557-го года. Указъ въ этомъ видѣ сохранился, какъ извѣстно, въ одномъ только спискѣ Татищева. Это даетъ Кассо поводъ думать, что здѣсь произошла интерполяція со стороны переписчика ¹⁾. Подобный взглядъ встрѣтилъ серьезную оппозицію въ лицѣ проф. М. Ф. Владимірскаго-Буданова ²⁾. По мнѣнію проф. Владимірскаго-Буданова, законъ этотъ представляетъ не частную интерполяцію изъ Эклоги, а заимствованіе, произведенное законодательнымъ путемъ; соответственная статья Эклоги даже переработана сообразно потребностямъ русскаго юридическаго быта. Кто-бы ни былъ правъ въ этомъ спорѣ, несомнѣнно одно: заимствованіе (или интерполяція) не было значительно позднѣйшимъ по времени, а относится къ тому-же 16-му вѣку (на это указываетъ подмѣченный проф. Владимірскимъ Будановымъ „правильный законодательный языкъ того времени“); а если такъ, то противоположеніе залога

¹⁾ Понятіе о залогѣ, стр. 311—314.

²⁾ Обзоръ Ист. Р. Пр., стр. 594.

„со срокомъ“ и залога „за ростъ пахати“ характерно для правосознанія независимо отъ того, исходить-ли оно отъ законодательной власти или отъ частныхъ лицъ.

Обращаясь къ источникамъ, мы увидимъ цѣлый рядъ случаевъ, гдѣ залоговыя отношенія ликвидировались не просрочкой, а совершенно иными способами. Выше ¹⁾ уже было указано въ этомъ смыслѣ на 104-ую ст. Псковской Судной Грамоты, которая, очевидно, предполагаетъ конкурсную продажу заложенного имущества ²⁾. Въ первой по времени известной намъ закладной (13—14 в.) ³⁾ читаемъ: „а будемъ Обросим и Лаврентію не до земли, ино имъ у Федора (залогодержателя) на той земли доняти на той земли 5 сороковъ бѣл да два пуза ржи сѣмяннги, а купная грамота шимъ на ту землю дат“. Здѣсь не только устанавливается обязанность залогодержателя доплатить до известной цѣны, если онъ оставитъ имущество за собою, но также выясняется, что просроченная закладная въ это время *не составляла достаточного основанія для права собственности* (иначе не имѣла бы смысла обязанность залогодателя „купная грамота дат“). Въ неоднократно цитированной новгородской купчей 13—14 вѣка ⁴⁾ мы встрѣчаемъ ликвидацию залога черезъ пять поколѣній путемъ добровольнаго соглашения о купчѣ-продажѣ и доплаты со стороны залогодержателя - монастыря. Въ новгородской-же духовной 14—15 вѣка ⁵⁾ залогъ ликвидированъ посредствомъ послѣдующей добровольной уступки заложенного имѣнія за долгъ. Въ дѣлѣ 1534-го года между Шарпомъ Баскаковымъ и Троицкимъ Махрицкимъ монастыремъ ⁶⁾

¹⁾ Стр. 44.

²⁾ Хрестоматія I, стр. 179—180.

³⁾ А. отн. до Юр. Б. 126, I.

⁴⁾ А. Ю. 37.

⁵⁾ А. Ю. 409, I.

⁶⁾ А. отн. до Юр. Б. 52, IV^а.

оказалось, что монастырь, хотя располагалъ закладною съ условіемъ: „а не заплачу язъ... денегъ на срокъ.... ино ся кабала и купчая грамота“, тѣмъ не менѣе, не рѣшился привести этого условія въ исполненіе, а прибѣгъ къ третейской записки: „възвести третьихъ, кто имъ любь, и чѣмъ третые землю оцѣнять... и мнѣ (залогодателю)... денегъ доняти... къ тѣмъ денгамъ“; отсюда, быть можетъ, слѣдуетъ заключить, что присвоеніе по просрочкѣ представлялось въ то время еще новшествомъ, противнымъ общественному мнѣнію. Аналогичныя обстоятельства выясняются въ дѣлѣ города Балахны съ Троицкимъ монастыремъ ¹⁾, гдѣ приведена закладная Ивана Остафьева (Стахнова) отъ 1548 года съ условіемъ: „а не выкуплю язъ... на срокъ... и мнѣ Ивану до тое своей пожни дѣла нѣтъ“, а впоследствии мы узнаемъ, что (уже по смерти залогодателя) „ступилась ему (залогодержателю) того острова Ивановская жена Стахнова Матрена“. Въ дѣлѣ 1511. ²⁾ вотчина, заложенная въ монастырь „за ростъ пахати“, освоена залогодержателемъ по давности. Наконецъ, даже въ 17-мъ вѣкѣ въ приведенной выше ³⁾ закладной Ивана Строганова отъ 1637-го года ⁴⁾ постановляется, что въ случаѣ просрочки залогодержатель можетъ, сверхъ долга, „взяти на мнѣ Иванѣ и на сынѣ моемъ Данилѣ и на нашей порукѣ вотчинѣ“ неустойку въ 500 рублей—условіе, которое едва-ли имѣло-бы смыслъ, еслибы вотчина все равно переходила въ собственность кредитора въ силу просрочки.

Всѣ эти акты позволяютъ думать, что просрочка не влекла перехода имущества въ собственность залогодержателя съ такой неизбѣжностью, какъ это полагаетъ Кассо. Мы увидимъ дальше, что его взгляды имѣютъ значительную сферу примѣненія въ 17-мъ

1) Ак. Федотова-Чеховскаго 75.

2) А. Ю. 15.

3) Стр. 23.

4) Доп. къ А. И. II, 56, IV

вѣкъ¹⁾; но относительно предыдущаго періода едва-ли будетъ ошибкою признать, что залогъ въ формѣ „за ростъ пахати“ совершался обыкновенно въ принципѣ на неопредѣленное время,—„до кунъ“. Фактически въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ выкупъ оказывался невозможнымъ въ теченіе долгаго времени, происходило, повидимому, либо новое соглашеніе, ликвидировавшее залоговыя отношенія, либо освоеніе имущества залогодержателемъ по давности.

Этотъ принципиально-безсрочный характеръ залога „за ростъ пахати“ въ недавнее время былъ отмѣченъ проф. Базановымъ²⁾. На этой почвѣ проф. Базановъ пытался построить новую въ русской наукѣ теорію происхожденія залога. По его мнѣнію, залогъ возникъ еще въ то время, когда отдѣльное лицо не имѣло на имущество полнаго права собственности, принадлежавшаго роду, общинѣ и т. д., а только права пользованія. Поэтому, закладывать субстанцію вещи отдѣльное лицо, не располагавшее правомъ распоряженія этой субстанціей, не могло; оно закладывало только пользованіе, предоставляя его кредитору до уплаты долга³⁾. Эту точку зрѣнія проф. Базановъ подтверждаетъ аналогіей съ позднѣйшимъ залогомъ помѣстій. Какъ извѣстно, государственная власть долго не признавала права распоряжаться помѣстьями за ихъ условными владѣльцами; и вотъ, проф. Базановъ нашелъ въ актахъ Помѣстнаго Приказа цѣлый рядъ случаевъ, гдѣ за долгъ уступалось кредитору пользованіе помѣстьемъ на опредѣленное число лѣтъ. Базановъ усматриваетъ въ этихъ сдѣлкахъ *vifage* и полагаетъ, что въ аналогичной формѣ долженъ былъ совершаться залогъ въ то время, когда субстанція недвижимости, вообще, не подлежала распоряженію отдѣльнаго лица⁴⁾.

¹⁾ См. ниже, въ слѣд. главѣ.

²⁾ Базановъ, Вотчинный режимъ въ Россіи, стр. 32.

³⁾ *Ibidem*, стр. 32—3.

⁴⁾ *Ibidem*, стр. 33—4.

Если-же мы находимъ такую форму въ развитомъ правѣ 16-го вѣка, то это объясняется консерватизмомъ права и вытекающими отсюда историческими пережитками ¹⁾.

При всей подкупающей стройности подобной точки зрѣнія, съ нею едва-ли можно согласиться. Одно изъ серьезныхъ возраженій противъ теоріи Базанова было сдѣлано проф. Удинцевымъ на публичномъ диспутѣ по поводу приведенной книги. Оно сводится къ тому, что теорія эта противорѣчитъ общепринятому воззрѣнію на эволюцію права, какъ движеніе отъ конкретныхъ формъ къ абстрактнымъ, а не наоборотъ. Въ самомъ дѣлѣ, нельзя не согласиться, что залогъ права на пользованіе, залогъ узуфрукта является гораздо болѣе абстрактной сдѣлкой, нежели простой залогъ вещи. Самъ проф. Базановъ замѣтилъ, кажется, это затрудненіе. Поэтому, онъ въ окончательной формѣ конструировалъ свою теорію такъ, что при древнѣйшемъ залогѣ происходила „наличная сдѣлка — обмѣнъ пользованія капиталомъ на пользованіе имѣніемъ, безъ права востребованія долга со стороны кредитора и съ правомъ востребованія, по истеченіи условленнаго срока, имѣнія со стороны должника“ ²⁾. Этимъ взглядомъ на залогъ, какъ наличную сдѣлку, Базановъ сближается съ теоріей Мейера. И тотъ, и другой видятъ въ древнемъ залогѣ *Satzung als Tauschgeschäft*; и тотъ, и другой полагаютъ, что должникъ передавалъ кредитору всю совокупность тѣхъ правъ, какими самъ располагалъ. Но по мнѣнію Мейера во время возникновенія залога должникъ располагалъ на свое недвижимое имущество правомъ собственности, по мнѣнію-же Базанова — только правомъ пользованія.

Теорія проф. Базанова, какъ указываетъ и самъ авторъ въ другомъ трудѣ ³⁾, не является совершенно

1) Ibidem, стр. 34.

2) Базановъ, Вотчинный режимъ въ Россіи, стр. 34.

3) Базановъ, Происхожденіе современной ипотеки, введеніе.

новой въ наукѣ. Она уже была выдвинута относительно народовъ германо-романской группы Франкеномъ въ его трудѣ: „Das französische Pfandreht im Mittelalter“. Къ сожалѣнію, Франкенъ основалъ свой выводъ, высказываемый имъ въ общей формѣ, почти исключительно на матеріалахъ французскаго права. Пользуясь сравнительными указаніями англійскихъ, германскихъ, отчасти также итальянскихъ памятниковъ для характеристики отдѣльных формъ залога, Франкенъ почти совсѣмъ не использовалъ этихъ источниковъ въ вопросѣ объ исторической послѣдовательности формъ. А между тѣмъ, французскіе памятники въ этомъ смыслѣ являются мало надежными. Важнѣйшіе изъ нихъ—Assises de Jérusalem и сводъ Beaumanoir'a—относятся къ 13-му вѣку, т. е. къ сравнительно поздней эпохѣ французскаго праворазвитія, и едва-ли позволяютъ установить безъ сравненія съ памятниками другихъ странъ ходъ предшествующей эволюціи. Самъ Франкенъ въ своемъ изслѣдованіи, приводя выписки изъ различныхъ источниковъ, совершенно не указываетъ времени, къ которому онѣ относятся; въ результатѣ его утвержденія остаются почти голословными. Тѣмъ-же недостаткомъ страдаетъ и теорія проф. Базанова. Поэтому, въ актахъ приходится искать доводовъ не столько за или противъ конструируемой Базановымъ схемы эволюціи залога, сколько за или противъ тѣхъ абстрактныхъ посылокъ, на которыхъ она основана. Акты противорѣчатъ этимъ посылкамъ.

Прежде всего, противъ точки зрѣнія проф. Базанова говоритъ сравнительно позднее возникновеніе залога. Въ обширномъ законодательномъ памятникѣ 13-го вѣка—пространной Правдѣ—мы еще не находимъ никакихъ упоминаній объ этомъ институтѣ. Первые акты о залогѣ, которыми мы располагаемъ, относятся къ 13—14 вѣку, а первую законодательную нормировку его мы находимъ уже въ 15-омъ вѣкѣ (или самомъ концѣ 14-го), въ Псковской Судной Грамотѣ. Между тѣмъ, едва-ли можно отрицать, что въ это время права лицъ на не-

движимое имущество уже обнимали право распоряженія. Отъ 1265-го года сохранился договоръ Великаго Новгорода съ Ярославомъ Тверскимъ ¹⁾, гдѣ значится: „А въ Бежицахъ, Княже, тобѣ, ни твоей Княгыни, ни твоимъ Бояромъ, ни твоимъ Дворяномъ сель не держати, ни купити, ни даромъ приимати, и по всей волость Новгородьской“. Въ 12—13 вѣкахъ мы знаемъ о существованіи боярскихъ селъ ²⁾; приобрѣтеніе части ихъ не по наслѣдству, а путемъ договорныхъ сдѣлокъ, станетъ весьма вѣроятнымъ, если мы вспомнимъ, что при каждой насильственной смѣнѣ князей обыкновенно конфисковались села у бояръ прежняго князя ³⁾. Съ 14-го вѣка въ нашихъ актахъ появляются купчія; лишь относительной одной изъ нихъ ⁴⁾ возбуждено сомнѣніе, не принадлежала-ли земля роду, да и здѣсь продажа совершена отдѣльными лицами, и только прибавлена оговорка: „увидаются Гошкуй и Яково и Борисъ сами съ своимъ племенемъ“. Отъ 13-го вѣка до насъ уже дошла духовная (новгородца Климента) ⁵⁾, содержащая распоряженіе имуществомъ въ пользу сторонняго лица (монастыря), а не распределеніе имущества между законными наслѣдниками. Въ 14 и 15 вѣкахъ мы имѣемъ цѣлый рядъ завѣщательныхъ распоряженій, касающихся какъ движимаго, такъ и недвижимаго имущества ⁶⁾. Въ псковскихъ пошлинахъ, вошедшихъ въ составъ Псковской Судной Грамоты, безусловно признается свобода завѣщанія. Такимъ образомъ, не подлежитъ сомнѣнію, что въ 13—14 вѣкахъ, когда залогъ, повидимому, еще только возникалъ, отдѣльныя лица уже могли распоряжаться субстанціей вещи—если не всегда, то, по крайней мѣрѣ, въ большемъ числѣ слу-

¹⁾ Собр. гсс. Гр. и Дог., т. I, № 1

²⁾ Ключевскій, Боярская Дума въ древней Руси, стр. 67.

³⁾ Ibidem.

⁴⁾ А. Ю. 71, I.

⁵⁾ Хрестоматія, вып. I, стр. 123—129.

⁶⁾ А. Ю. 410—414 и другія.

чаевъ. Проф. Базановъ полагаетъ, что залогъ пользованія могъ долгое время существовать въ качествѣ историческаго пережитка. Но, если даже принять это объясненіе, во всякомъ случаѣ, нельзя относить его къ моменту *возникновенія* упомянутой формы. Для того, чтобы потомъ продолжать свое существованіе въ качествѣ пережитка, она должна была возникнуть въ качествѣ явленія, связаннаго съ реальными жизненными условіями. А между тѣмъ, первые акты залога, дошедшіе до насъ, не только совпадаютъ хронологически съ тѣмъ временемъ, когда распоряженіе субстанцій вещи уже допускалось, но и сами часто содержатъ такое распоряженіе. Въ первой извѣстной намъ закладной отъ 13—14 вѣка ¹⁾ мы встрѣчаемъ условіе, что въ случаѣ просрочки „имъ у Федора на той земли доняти на той земли 5 сороковъ бѣл да два пуза ржи съмяннзи, а купная грамота имъ Федору на ту землю дат“; въ другомъ, также сравнительно раннемъ, актѣ отъ начала 15-го вѣка ²⁾ совершается заемъ съ условіемъ, что въ случаѣ смерти должника до срока его вотчина Рознѣжъ поступаетъ въ собственность монастыря-кредитора на уплату долга и на поминовленіе души; въ третьемъ актѣ, тоже отъ 15-го вѣка ³⁾, уже содержится условіе „за ростъ пахати“, но рядомъ съ этимъ еще постановляется, что въ случаѣ просрочки вотчина становится собственностью кредитора.

Аналогія съ позднѣйшимъ залогомъ помѣстій также не можетъ быть признана убѣдительною. Прежде всего, самъ Базановъ указываетъ, что въ актахъ Помѣстнаго Приказа залогъ помѣстій совершается въ формѣ *vifgage*, т. е. долгъ погашается пользованіемъ въ теченіе опредѣленнаго времени ⁴⁾. То-же самое можно замѣтить и въ изданныхъ актахъ, гдѣ, съ одной сто-

¹⁾ А. отн. до Юр. Б. 126, I.

²⁾ *Ibidem*, 126, II

³⁾ *Ibidem*, 126, III.

⁴⁾ Вотчинный режимъ въ Россіи, стр. 33.

роны, встрѣчаются оброчныя съ несомнѣннымъ залоговымъ характеромъ (напр., оброчная 1692 года)¹⁾, а съ другой стороны, имѣется одна закладная на помѣстье (1693 г.)²⁾ чрезвычайно напоминающая оброчныя. Уже по одной этой причинѣ нельзя приводить аналогію съ помѣстнымъ правомъ для обоснованія тѣхъ *безсрочныхъ* залоговыхъ отношеній, которыя проф. Базановъ предполагаетъ на первой стадіи. Но, помимо этого соображенія, аналогія, проводимая проф. Базановымъ, страдаетъ еще другими дефектами. Юридическое отношеніе владѣльца къ вещи было весьма различно въ помѣстномъ правѣ и въ тѣхъ условныхъ правахъ, стѣненныхъ родомъ и общиной, которыя Базановъ принимаетъ за исходной пунктъ своей теоріи. Владѣлецъ помѣстья былъ *только* условнымъ держателемъ и пользователемъ своей помѣстной земли. Помѣстье, по характерному выраженію актовъ, есть „Великого Князя земля (или Великого Князя вотчина), а его владѣнье“³⁾. Наоборотъ, членъ рода или общины имѣлъ не только условное владѣніе, а также идеальную долю права собственности. Поэтому, его владѣніе не носило вполнѣ прекарнаго характера. Условнымъ и прекарнымъ являлось только его пользованіе именно даннымъ, опредѣленнымъ участкомъ, а не пользованіе, вообще, извѣстнымъ количествомъ родовой или общинной земли. На этой почвѣ возникало при продажѣ условіе: „увидаются (продавцы) сами съ своимъ племенемъ“. Продавцы имѣли дѣйствительное право собственности на извѣстную часть родовой земли; нужно было только „увидаться“ съ родомъ объ отнесеніи этого права навсегда къ опредѣленному, отчужденному ими, участку. То-же самое при залогѣ. До насъ дошли правильные, никѣмъ не оспоренные залоговые общинной земли, содер-

¹⁾ А. отн. до Юр. Б. 173, VI.

²⁾ А. отн. до Юр. Б. 126, XVIII.

³⁾ См. отступныя въ А. Ю. 23.

жащіе распоряженіе этой землей. Такъ, въ дѣлѣ 1526-го года между Ворбозомской волостью и Троицкимъ монастыремъ¹⁾ имѣется нѣсколько закладныхъ на волостную землю въ Шикшемѣ, совершенныхъ отдѣльными владѣльцами земли и содержащихъ условіе: „не будетъ на срокъ денегъ, ино ся кабала посильная безъ выкупу“. Эти отношенія имѣютъ сходство съ тѣми, которыя раскрываются изъ одной закладной 1529-го года²⁾. Залогодатель владѣль поженю нераздѣльно съ братомъ, причемъ для пользованія пожни была раздѣлена на двѣ части, и каждый годъ братья мѣнялись половинами; и вотъ, одинъ изъ братьевъ закладываетъ „свою половину“ пожни съ условіемъ, что кредиторъ долженъ, согласно его договору съ братомъ, косить поочередно то ту, то другую часть. Представимъ себѣ эти отношенія нѣсколько расширенными, какъ въ смыслѣ числа совладѣльцевъ, такъ и въ смыслѣ сроковъ чередованія, и мы получимъ типичный случай залога родовой или общинной земли. Легко убѣдиться, что подобная форма имѣетъ очень мало общаго съ залогомъ помѣстья и совершенно не исключаетъ права кредитора, при извѣстныхъ условіяхъ, на субстанцію вещи.

По всѣмъ этимъ соображеніямъ, трудно согласиться съ проф. Базановымъ. Его взглядъ, что на первой стадіи развитія залога закладывалась не субстанція вещи, а только пользованіе, и что безсрочный залогъ „за ростъ пахати“ является древнѣйшей формой, остается недоказаннымъ. Кажется, больше правдоподобности имѣетъ другая схема, отчасти намѣченная проф. Удинцевымъ³⁾ и болѣе подробно изображенная выше. По этой схемѣ, залогъ возникъ первоначально въ видѣ простой „поруки“, простого разрѣшенія кредитору направить взысканіе на данное имущество. Впо-

¹⁾ Ак. Фодотова-Чеховскаго 65.

²⁾ А. Ю. 237.

³⁾ Исторія Займа, стр. 85—123.

слѣдствіи центръ тяжести долга перешелъ съ лица на вещь, и залоговой элементъ сдѣлки сталъ преобладать надъ заемнымъ. Уже на этой стадіи появилась передача имущества во владѣніе кредитора. Такой передачѣ способствовали, съ одной стороны, необходимость гарантіи противъ возможныхъ злоупотребленій должника, съ другой стороны, стремленіе замѣнить ростъ плодами заложенной вещи, наконецъ, съ третьей—экономическія условія въ лицѣ нарождавшагося крѣпостного права. На почвѣ пользованія заложеннымъ имуществомъ со стороны кредитора постепенно произошла перемѣна въ значеніи срока, который, вмѣсто конечнаго момента выкупа, становился его начальнымъ моментомъ. Но даже на этой стадіи залоговыя отношенія были безсрочными лишь принципіально; фактически-же въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ въ теченіе долгаго времени не наступало выкупа, происходила либо ликвидація залога путемъ новаго соглашенія, либо освоеніе имущества залогодержателемъ по давности.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Залогъ въ правѣ XVII и XVIII вѣковъ.

Экономическій кризисъ въ концѣ 16 вѣка и въ началѣ 17-го. Вліяніе его на развитіе залога. Акты залога въ 17-мъ вѣкѣ. Господство условія о правѣ залогодержателя присвоить заложенный объектъ въ случаѣ просрочки. Ст. 196 главы X Уложенія царя Алексѣя Михайловича. Споръ о значеніи этой статьи. Устойчивость болѣе раннихъ формъ залога на сѣверной и сѣверо-восточной окраинахъ. Слабое распространеніе этихъ формъ въ 17 вѣкѣ. Значеніе условія о просрочкѣ для дальнѣйшей эволюціи залога безъ передачи владѣнія. Значеніе его для дальнѣйшей эволюціи залога съ передачей владѣнія. „Залогъ-отчужденіе“. Сопоставленіе этой формы школою Мейера съ развитіемъ залога на западѣ. Споръ германистовъ объ отчуждательномъ характерѣ *ältere Satzung*. Значеніе *Gewere* въ древнегерманскомъ правѣ. Переходъ *Gewere* при *ältere Satzung* къ залогодержателю. Попытки разграниченія *ältere Satzung* и *Kauf auf Wiederkauf* по другимъ признакамъ. Аналогичныя *ältere Satzung* явленія въ лангобардскомъ и французскомъ средневѣковомъ правѣ. Различіе между этими залоговыми формами и римскими (*fiducia* и *pignus*). Вопросъ о сравнительной древности *ältere* и *neuere Satzung*; вліяніе феодализма на развитіе залогового права. Различіе экономическихъ условій въ древнѣйшую эпоху истории Рима, въ средневѣковой Германіи и въ древней Руси. Значеніе потребительнаго или производительнаго характера кредита для характера залоговой сдѣлки. Ранняя связь залога съ производительнымъ кредитомъ на Руси. Вліяніе этой связи на дальнѣйшее развитіе залога. Отсутствіе передачи права собственности въ „залогъ-отчужденіи“ 17-го вѣка. Маскированіе этимъ залогомъ дѣйствительнаго отчужденія. Распаденіе „залога-отчужденія“, какъ инсти-

тута, въ связи съ использованіемъ его для маскированія другихъ сдѣлокъ. Преобладающее развитіе залога безъ передачи владѣнія. Законодательство о залогѣ въ 18 вѣкѣ (до банкротскаго устава). Итоги эволюціи русскаго залогового права.

Послѣ краткаго экономическаго подъема въ половинѣ XVI вѣка, въ Московскомъ государствѣ наступилъ затяжной экономической кризисъ. Въ теченіе двухъ десятилѣтій три года—1553, 1557 и 1570—ознаменовались голодомъ ¹⁾. Въ 1570 году былъ разгромленъ Іоанномъ Грознымъ главный центр русской торговли, Великій Новгородъ; и отъ этого разгрома онъ никогда уже не могъ оправиться. Изнурительная Ливонская война, продолжавшаяся 24 года (1558—1582), истощила всѣ силы какъ служилаго, такъ и тяглаго населенія. „Крестьяне—говорить Платоновъ—бросали свою пашню, посадскіе оставляли свой посадъ, служилые люди „пустошили“ свои помѣстья и вотчины“ ²⁾. Въ приговорной о тарханахъ грамотѣ отъ 1584 года мы находимъ официальное свидѣтельство о „многомъ запустѣніи за воинскими людьми въ вотчинахъ ихъ и помѣстьяхъ“.

Общій кризисъ въ государствѣ еще усилился въ началѣ XVII вѣка. Страшный, небывалый голодъ разразился въ 1601 г. и продолжался въ 1602. Не только въ описаніи современниковъ, но даже въ пересказѣ позднѣйшихъ историковъ эти голодные годы потрясаютъ своими мрачными красками. Вотъ, какъ описываетъ ихъ Костомаровъ:

„... Многие изъ владѣльцевъ, державшихъ холоповъ, прогоняли ихъ отъ себя, потому что дорого обходилось ихъ прокормленіе.... Люди стали умирать съ голоду.... Бѣдняки ѣли сѣно, солому, собакъ, кошекъ, мышей, всякую падаль. Много народу умирало по улицамъ.... Случалось такимъ образомъ, что и живыхъ“

¹⁾ Проф. Лешковъ, Русскій народъ и государство.

²⁾ Платоновъ, Очерки по исторіи смуты.

захватывали (хоронить); случалось, что везуть полныя сани труповъ, а между ними слышатся стоны и жалобныя моленья... Путники, лишеныя средствъ, погибали по дорогамъ, какъ мухи, а другіе ѣли ихъ трупы, и эту пищу у нихъ отнимали стаи волковъ, которые бросались и на мертвыхъ, и на живыхъ“¹⁾).

Не успѣлъ народъ отдохнуть отъ голода, какъ началась смута. Въ октябрѣ 1604 года Лжедмитрій перешелъ границу Московскаго государства. Послѣ этого въ теченіе 10 лѣтъ страна не переставала быть ареной войны и усобицъ. Результаты были самыя печальныя. Просматривая дозорныя книги 1614-го года²⁾, мы читаемъ на каждомъ шагу: „пустошь, что было село такое-то“, „пустошь, что была деревня такая-то“, и лишь изрѣдка попадаетъ обитаемое село или деревня. Оскудѣніе дошло до ужасающихъ размѣровъ; и соборъ 1616-го года не нашелъ другого средства удовлетворить нужду въ деньгахъ, какъ обратиться къ Строгановымъ (у нихъ взяли, сверхъ того, что слѣдовало по разверсткѣ платежей, 40000 рублей дополнительныхъ)³⁾.

Уже въ концѣ 16-го вѣка, т. е. до голода и смуты, кризисъ достигъ такихъ размѣровъ, что обратилъ на себя вниманіе лѣтописцевъ, хотя они, вообще, интересовались больше политическими и церковными событіями. С. М. Соловьевъ въ своей статьѣ „Обзоръ событій русской исторіи отъ кончины царя Θεодора Іоанновича до вступленія на престолъ Дома Романовыхъ“⁴⁾ приводитъ слова „московской хроники“ (выраженіе автора), говорящей: „Цѣны товарамъ возвысились неимоверно; богачи брали росты больше мусульманскихъ; бѣдныхъ вездѣ притѣсняли. Все продавалось вдвое до-

¹⁾ Костомаровъ, статья: „Смутное время Московскаго государства“ въ Вѣстникѣ Европы за 1866 г.

²⁾ А. отн. до Юр. Б. 128, I.

³⁾ Костомаровъ, Русская исторія въ жизнеописаніяхъ.

⁴⁾ „Современникъ“ за 1848 г.

роже. Другъ ссужалъ друга не иначе, какъ подъ залогъ, втрое превышающій занятую сумму, и, сверхъ того, бралъ по 4% въ недѣлю; если же залогъ не былъ выкупленъ въ опредѣленный срокъ, то онъ пропадалъ невозвратно“.

Это краткое лѣтописное извѣстіе интересно для насъ главнымъ образомъ тѣмъ, что оно опредѣленно указываетъ на непосредственную связь между общимъ экономическимъ кризисомъ и новыми явленіями въ области залогового права. Повидимому, лишь въ это время залогъ съ правомъ кредитора присвоить вещь въ случаѣ просрочки (Verfallpfand) сталъ вырабатываться въ нормальное явленіе общественной жизни. Авторъ приведеннаго извѣстія искренно возмущается такимъ порядкомъ и приводитъ его въ поясненіе общаго тезиса, что „бѣдныхъ вездѣ притѣсняли“. Мы видѣли, что раньше, въ тѣхъ отдѣльныхъ случаяхъ, когда поставлялось условіе „ся закладная и купчая“, это условіе было настолько противно общественному мнѣнію, что залогодержатели не всегда рѣшались осуществить свое право ¹⁾. Теперь это положеніе вещей измѣнилось. Лѣтописецъ еще возмущается безповоротнымъ присвоеніемъ залога, но изъ его же словъ видно, что оно составляло въ то время обычную практику.

Нужно отдать справедливость проницательности человѣка, который въ московскихъ культурныхъ условіяхъ 17-го столѣтія замѣтилъ связь, даже причинную зависимость между этимъ явленіемъ и экономическимъ кризисомъ. Лѣтописецъ не могъ дать себѣ отчета, чѣмъ именно экономическій кризисъ вліялъ на развитіе залога, и потому онъ констатировалъ связь лишь въ самой общей формѣ; но, намъ, людямъ 20-го вѣка, не трудно будетъ разобраться точнѣе въ этихъ отношеніяхъ. Прежде всего, кризисъ необходимо долженъ былъ отозваться упадкомъ кредита. Уменьшалась вѣ-

¹⁾ См. выше, стр. 97.

роятность уплаты, слабѣло довѣріе, и вѣрители, отдавая въ долгъ, искали гарантій. Естественно, что при такихъ условіяхъ все большее количество кредитныхъ сдѣлокъ должно было сопровождаться залогомъ. Объ этомъ свидѣтельствуетъ и нашъ лѣтописецъ, говорящій, что даже между друзьями залогъ сопровождалъ каждую сдѣлку. Но и залогъ, самое надежное изъ всѣхъ возможныхъ обезпеченій, оказывался не вполне надежнымъ при тогдашнихъ условіяхъ. Съ одной стороны, упадокъ всей экономической жизни вызывалъ постоянное паденіе цѣнности недвижимыхъ имуществъ; съ другой стороны, недвижимыя имущества всегда находились въ опасности полного разоренія вслѣдствіе случайностей войны и смуты. Отдача денегъ подъ закладную перестала быть вѣрнымъ дѣломъ, а оказалась, наоборотъ, связанной съ громаднымъ рискомъ. Естественно, что люди, которые рѣшались на этотъ рискъ, хотѣли получать не только проценты на свой капиталъ, но также предпринимательскую прибыль. Безсрочный залогъ въ формѣ „за ростъ пахати (косити)“, гдѣ залогодатель всегда могъ выкупить имущество за ту самую сумму, которую онъ получилъ взаймы, не отвѣчалъ этому требованію; и вотъ, неизбежно должна была выработаться новая форма съ переходомъ имущества съ собственность залогодержателя послѣ просрочки ¹⁾. Конечно, такое условіе было тяжело для должниковъ; но паденіе кредита заставляло ихъ соглашаться на все, отдавало ихъ при заключеніи сдѣлки совершенно во власть кредиторовъ. Почти полвѣка хозяйственное положеніе Московскаго государства запутываются все болѣе и бо-

¹⁾ Само правительство настолько считало это желаніе кредиторовъ правильнымъ и естественнымъ, что по отношенію къ вотчинамъ, прибрѣтеннымъ по куплѣ и просрочкѣ залоговъ во время и послѣ „Московскаго разоренія“, ограничило даже право родового выкупа. См. Указную книгу Помѣстнаго Приказа № 58 въ Хрестоматіи проф. Владимірскаго-Буданова, вып. III, стр. 260.

лѣе. Разумѣется, это способствовало развитію и упрощенію новой формы залоговыхъ отношеній; и въ 17-омъ вѣкѣ, когда государство начало управляться, мы находимъ новую форму уже окончательно сложившейся.

Отъ 17-го вѣка намъ извѣстно 78 случаевъ залога ¹⁾. Въ 56-и случаяхъ изъ этого числа тѣ свѣдѣнія о залоговой сдѣлкѣ, которыми мы располагаемъ, позволяютъ заключить о послѣдствіяхъ при просрочкѣ ²⁾. Несомнѣнно, что въ этихъ актахъ самымъ обычнымъ, господствующимъ, если можно такъ выразиться, послѣдствіемъ является переходъ заложенного имущества въ собственность залогодержателя. Онъ встрѣчается въ 45 случаяхъ ³⁾ изъ 56-и. Конечно, число нашихъ актовъ слишкомъ незначительно, чтобы можно было придавать этимъ цифрамъ значеніе научной достовѣрности. Нельзя отрицать возможности, что среди актовъ, намъ еще неизвѣстныхъ, откроется такое мно-

¹⁾ А. Ю. 254; А. отн. до Юр. Быта 126, VII, IX, X, XI, XIV, XVI, XVII, XVIII; тамъ-же, 60 (I и II), 84 II, 92, 95; Доп. къ А. И. II, 56, IV' (6 залоговъ); Ак. Феодотова-Чеховскаго, 91, 121, 122, 127, 128, 131 (2 залога); цыдвинскіе акты 3, 4 (5 залоговъ), 5 (2 залога), 7, 8, 9, 11; Кассо ссылается на 4 закладныхъ изъ актовъ Холмогорской и Устюжской епархій (№ 15, 22, 109, 111), на одну закладную изъ Чердынскихъ актовъ (№ 19), на 1 закладную, напечатанную во Временникѣ Московскаго Историческаго Общества IV, стр. 15, и на 2 неизданныя закладныя изъ собранія Бѣляева (1640 и 1672 года); Базановъ ссылается на 29 различныхъ закладныхъ изъ неизданныхъ актовъ Помѣстнаго Приказа и Пековской Вотчинной Конторы.

²⁾ А. Ю. 254; А. отн. до Юр. Б. 126, VII, IX, X, XI, XIV, XVI, XVII, XVIII; тамъ-же, 60 (I и II), 92, 95; Доп. къ А. И. II, 56, IV' (4 залога); Ак. Феодотова-Чеховскаго 91, 121, 127, 128, 131 (оба залога); Акты Холмогорской и Устюжской епархій, 15 и 22; оба акта Бѣляева; цыдвинскіе акты 3, 4 (въ двухъ случаяхъ), 7, 8, 9, 11; 22 залога, приводимыхъ у Базанова.

³⁾ А. Ю. 254; А. отн. до Юр. Б. 126, VII, IX, X, XI, XIV, XVI, XVII, XVIII; тамъ-же 60 (I и II), 92, 95; Доп. къ А. И. II, 55, IV' (въ трехъ случаяхъ залога); Ак. Феодотова-Чеховскаго 121, 128, 131 (оба случая); оба акта Бѣляева; цыдвинскіе акты 8, 11; 21 случай изъ приведенныхъ у Базанова.

жество залоговъ на другихъ условія, которое заставитъ отказаться отъ возрѣнія на переходъ права собственности къ залогодержателю, какъ естественное слѣдствіе просрочки въ 17-мъ вѣкѣ. Однако, вѣроятность такого случая настолько мала, что съ нею можно почти не считаться. Дѣло въ томъ, что и помимо актовъ значеніе просрочки въ 17 вѣкѣ достаточно выясняется изъ законодательныхъ памятниковъ эпохи. Въ литературѣ неоднократно уже говорилось о статьѣ 196 главы X Уложенія царя Алексѣя Михайловича: „А будетъ кто кому въ долгу въ денгахъ или въ иномъ въ чемъ, нибудь заложитъ что до сроку и кабалу закладную на тотъ свой закладъ дать, а въ кабалѣ напишетъ: буде онъ того своего закладу на срокъ не выкупитъ, и на тотъ его закладъ та кабала и купчая; и, давъ онъ такую кабалу, того своего закладу на срокъ не выкупитъ: и ему впредь до того своего закладу дѣла нѣтъ, а владѣти тѣмъ его закладомъ тому, кому онъ заложитъ, и вольно тому такой закладъ продати, и заложитъ и въ приданные дать“.

Въ послѣднее время смыслъ этой статьи былъ подвергнуть сомнѣнію сначала М. Ф. Владимірскимъ-Будановымъ ¹⁾, затѣмъ В. А. Удинцевымъ. ²⁾ По мнѣнію этихъ ученыхъ, цитированная статья должна быть толкуема ограничительно. Именно, они полагаютъ, что присвоеніе вещи кредиторомъ при просрочкѣ, въ силу 196 ст. X главы Уложенія, имѣло мѣсто лишь тогда, когда оно было специально условлено въ договорѣ о залогѣ; при отсутствіи же такого условія наступала принудительная продажа. Однако, подобный взглядъ, кажется, противорѣчитъ статьѣ 33 гл. 17-й того же Уложенія, гласящей: „Будетъ кто закладную вотчину кому просрочитъ и учнетъ о выкупѣ той своей вотчины бити челомъ Государю послѣ сроку; и ему въ томъ отказать, и закладные его вотчины на выкупъ ему

¹⁾ Обзоръ Исторіи Русскаго Права, стр. 595.

²⁾ Исторія Займа, стр. 105.

не давать, а велѣть такія вотчины по закладнымъ писать за тѣми людьми, кому тѣ вотчины просрочены“. Въ этой статьѣ законодатель уже совершенно не интересуется тѣми условіями, на которыхъ заключенъ договоръ о залогѣ: разъ вотчина просрочена, то неизбѣжно наступаетъ ея запись за залогодержателемъ въ Помѣстномъ Приказѣ. Такое значеніе цитированной статьи подтверждается ея связью съ предшествующей 32 статьёй той же главы Уложения. 32-я статья говоритъ о случаѣ, когда должникъ „учнетъ выкупати на срокъ или до срока“. Общій характеръ постановленія, нормирующаго этотъ случай, не подлежитъ сомнѣнію. Логично приписать такой же характеръ статьѣ, непосредственно слѣдующей и нормирующей обратный случай, когда желаніе выкупить будетъ заявлено послѣ срока. Взглядъ на залогъ и просрочку заложенного имущества должникомъ, какъ нормальный способъ пріобрѣтенія права собственности, высказывается въ московскомъ правѣ неоднократно. На всемъ протяженіи 17-го вѣка законодатель постоянно ставитъ рядомъ залогъ и куплю-продажу¹⁾. Этотъ фактъ, отмѣченный еще Мейеромъ²⁾, дѣйствительно, знаменателенъ. Разъ законодатель постоянно сопоставляетъ залогъ съ куплей-продажей, то, очевидно, онъ находилъ въ нихъ какія то общія, отличительныя для обоихъ институтовъ, юридическія черты, какое то *tertium comparationis*. Въ самомъ Уложеніи царя Алексѣя Михайловича мы найдемъ одно выраженіе, которое поможетъ намъ разобраться, въ чемъ законодатель видѣлъ эти общія черты. Именно, въ статьѣ 38 гл. 17-й Уложения го-

1) См. напр., Указную книгу Земскаго Приказа VII (Хрестоматія III, стр. 132), XXII (*ibid.*, стр. 154—155), XXII (*ibid.*, стр. 152), XXXIV (*ibid.*, стр. 176); Указную книгу Помѣстнаго Приказа IV, 6 (стр. 225, 228, 229, 231), 27 (стр. 244) 34 (стр. 245), 39 (стр. 248, 253), 58 (стр. 260).

2) См. его неоднократно цитированную статью въ Юридич. Сборникѣ.

ворится; „кто... продасть или заложитъ и просрочитъ“. Такимъ образомъ, въ сознаниіи законодателя продажа сопоставлялась даже не столько съ самимъ залогомъ, сколько съ просрочкой по залогу. Очевидно, сопоставлялись они именно, какъ 2 сходныхъ способа возмезднаго приобрѣтенія права собственности. Въ одномъ дѣлѣ 1632-го года ¹⁾ мы видимъ случай изъ практики, гдѣ въ качествѣ титула права собственности кредиторъ представилъ просроченную закладную, хотя она даже не заключала специальной оговорки о томъ, что послѣ срока „ся закладная и купчая“. Все это заставляетъ думать, что въ московскомъ правѣ 17-го вѣка переходъ права собственности къ залогодержателю составлялъ нормальный, обычай результатъ просрочки.

Какъ же объяснить въ такомъ случаѣ условіе, поставленное въ 196 ст. X гл. Уложенія „...а въ кабалѣ напишетъ: буде онъ того своего заклада на тотъ срокъ не, выкупить, и на тотъ его закладъ та кабала и купчая“? Кажется, оно представляетъ главнымъ образомъ результатъ казуистическаго изложенія, свойственнаго древнему праву. Въ 32 статьѣ главы 17 мы находимъ слова: „А будетъ кто кому вотчину свою заложить.... до сроку“. Изъ этого можно заключить, что въ эпоху Уложенія еще бывали отдѣльные случаи, гдѣ залогъ совершался безъ срока. И. А. Базановъ нашелъ такой случай въ актахъ Вотчинной Конторы по Пскову ²⁾; мы увидимъ дальше, что на сѣверной и сѣверо-восточной окраинахъ еще держалась старая форма, гдѣ срока въ нынѣшнемъ смыслѣ не было, а былъ только условный моментъ, съ котораго начиналось право выкупа. Между тѣмъ, въ центрѣ государства эта форма была уже пережита. Здѣсь уже господствовали иные принципы. Здѣсь срокъ былъ уже не начальнымъ, а конеч-

¹⁾ Ак. Θεодотова-Чеховскаго 127.

²⁾ Базановъ, Вотчинный режимъ въ Россіи, стр. 32, прим. 72 (акты Вотч. Конт. по Пскову, кн. 66/1608 отъ 7906, д. 119, л. 93.

нымъ моментомъ права выкупа: „если залогъ не былъ выкупленъ въ опредѣленный срокъ, то онъ пропадалъ невозвратно“. Законодателью было трудно обозначить новыя отношенія абстрактными опредѣленіями, и онъ замѣнилъ ихъ казуистическимъ описаніемъ. Это было тѣмъ естественнѣе, что широкое распространеніе *Verfallpfand* являлось, какъ мы уже видѣли, новостью въ московскомъ правѣ ¹⁾, и правосознаніе долго не могло съ нимъ мириться. Понятно, что, при такихъ условіяхъ, законодатель, затрудняясь дать опредѣленіе отъ себя, вмѣстѣ съ тѣмъ, не могъ искать готоваго опредѣленія въ правосознаніи. А между тѣмъ, именно народное несочувствіе къ новымъ формамъ и вытекавшая отсюда борьба противъ нихъ на практикѣ заставляли законодателя, разъ онъ былъ вынужденъ признать эти формы, опредѣлить ихъ съ возможною точностью. Древнее право не могло найти для этого лучшаго средства, нежели описаніе. И естественно, что въ основу такого описанія полагался именно тотъ признакъ, которымъ обыкновенно отличались на практикѣ закладныя новаго типа: условіе, что „буде онъ того своего закладу на тотъ срокъ не выкупить, и на тотъ его закладъ та кабала и купчая“. Этотъ признакъ включался въ статью закона не какъ условіе ея дѣйствія, а только, какъ способъ конкретнаго обозначенія закладныхъ новаго типа, къ которымъ статья относилась. А такъ какъ этотъ типъ обнималъ въ 17 вѣкѣ въ центрѣ государства всѣ закладныя „со срокомъ“, то и за 196 ст. X гл. Уложенія, несмотря на ея казуистическое изложеніе, нужно, повидимому, признать значеніе общаго правила.

Такимъ образомъ, законодательные памятники Московскаго государства приводятъ къ несомнѣнному убѣжденію, что господство *Verfallpfand* въ дошедшихъ до насъ актахъ 17-го вѣка не составляетъ случайности.

¹⁾ См. выше, стр. 108—111.

Формула, приведенная у Базанова и извлеченная изъ закладныхъ, находящихся въ дѣлахъ Помѣстнаго Приказа, становится типичной въ значительно большей части государства: „А не заплатимъ мы тѣхъ денегъ имъ и тое вотчины на срокъ не выкупимъ, и имъ на ту вотчину ся закладная кабала и крепость въ прокъ безъ выкупу, и въ Помѣстномъ приказе въ записные вотчинные книги и намъ та вотчина записати за ними, и вольно имъ, ихъ женамъ и дѣтямъ и внучатомъ тою нашею вотчиною самимъ владѣть, и продать, и заложить“¹⁾. Располагая громаднымъ количествомъ неизданныхъ актовъ, Базановъ лишь въ одномъ изъ нихъ (по Пскову) нашелъ залогъ 17-го вѣка, совершенный безъ срока. Большею устойчивостью обладали старые взгляды на сѣверной и сѣверо-восточной окраинахъ, которыя, вообще, развивались медленнѣе, и, сверхъ того, были менѣе задѣты общимъ кризисомъ Московскаго государства. По цыдвинской закладной 1652 года²⁾ въ случаѣ просрочки „ему Ивану тою подпискою владѣть вперед по тому же и до выкупу“. По другой цыдвинской закладной отъ 1638 года³⁾ „поляжетъ кабала по сроцѣ, ино Левонтию тою моею поженю владѣти по томуж, сѣно косити на себя“. По холмогорской закладной 1611 года⁴⁾ „полягутъ денги по сроцѣ . . . и Евсею Григорьеву по тому ж тою моею вотчиною . . . владѣти за ростъ“. Въ обѣихъ закладныхъ, извлеченныхъ Кассо изъ актовъ Холмогорской и Устюжской епархіи (№ 15 и 22), кредитору послѣ срока принадлежитъ не право собственности, а только владѣніе: „послѣ сроку *владѣти* ему старостѣ“⁵⁾. Въ цыдвинской закладной 1678 года⁶⁾ нѣтъ вообще никакихъ условій о послѣдствіяхъ.

1) Вотчинный режимъ въ Россіи, стр. 35, прим. 77.

2) Цыдвинскіе акты 7.

3) Ibidem, 3.

4) Ак. Федотова-Чеховскаго 91.

5) Понятіе о залогѣ, стр. 292—293.

6) Цыдвинскіе акты 9.

просрочки. Изъ цыдвинской же дѣловой 1645 года ¹⁾ мы узнаемъ, что мельница Селивана Обросова, часть которой находилась въ залогѣ у наслѣдодателя ²⁾, въ послѣдствіи куплена наслѣдниками. Въ одной изъ закладныхъ Ивана Строганова ³⁾, въ которой заложенный объектъ послѣ просрочки, повидимому, въ собственность залогодержателя не переходилъ ⁴⁾, мы находимъ яркій, типичный образецъ самой древней формы русскаго залога, поручительной. Сила старыхъ понятій въ этихъ мѣстностяхъ была такъ велика, что въ тѣхъ случаяхъ, когда постановлялось условіе о переходѣ вещи въ собственность кредитора послѣ просрочки, сами стороны плохо свыкались съ этимъ условіемъ. Въ цыдвинской закладной 1585 года ⁵⁾ (срокомъ на годъ) отъ Нефёда Коркодинова на его пожню въ Бѣгичахъ въ суммѣ полтины мы встрѣчаемъ такое условіе; но еще въ 1644 году, т. е. черезъ 58 лѣтъ послѣ просрочки, залогодержатель, умирая, пишетъ въ своей духовной ⁶⁾: „взяти мнѣ на Нефёде Коркодинове по закладной полтина денегъ, а въ тѣхъ денгахъ пожня его въ Бѣгичахъ“. Другими словами, самъ залогодержатель черезъ 58 лѣтъ послѣ просрочки считалъ себя не собственникомъ, а только залоговымъ владѣльцемъ.

Однако, не слѣдуетъ преувеличивать значеніе этихъ памятниковъ. Форма залога, о которой они свидѣтельствуютъ, оставалась въ 17-омъ вѣкѣ чисто мѣстной, да и въ узкой территоріальной сферѣ своего распространенія не пользовалась абсолютнымъ господствомъ. Уже было упомянуто о дѣлѣ 1662 г. въ Великомъ Устюгѣ ⁷⁾, гдѣ противъ иска о выкупѣ от-

¹⁾ Ibidem, 5.

²⁾ См. ibid., 4.

³⁾ Дополн. къ А. Н., II, 56, IV.

⁴⁾ См. выше, стр. 23.

⁵⁾ Цыдвинскіе акты 2.

⁶⁾ Ibidem, 4.

⁷⁾ Акты Федотова-Чеховскаго 128.

вѣтчики предъявили просроченную закладную съ условіемъ: „послѣ сроку та кабала. . . совсѣмъ безъ выкупу купчая и отводная“, и судъ отказалъ въ искѣ. Аналогичные случаи имѣли мѣсто въ Соликамскомъ дѣлѣ 1632 г. ¹⁾ и въ Усольскомъ 1665 г. ²⁾, гдѣ просроченныя закладныя предъявлены въ качествѣ титула права собственности. Переходъ собственности къ залогодержателю въ силу просрочки мы находимъ трижды въ закладныхъ Ивана Строганова ³⁾ и два раза въ цыдвинскихъ закладныхъ 17 вѣка ⁴⁾. Очевидно, и здѣсь развивалась, хотя медленно, новая форма, по которой залогодержателю послѣ просрочки принадлежало не только временное владѣніе и пользованіе „по тому же и до выкупу“, а полное право собственности на просроченное имущество. Но гораздо интенсивнѣе было развитіе этой формы въ центральныхъ и сѣверо-западныхъ областяхъ. Для этой части государства въ 17 вѣкѣ оказывается довольно справедливымъ взглядъ Кассо, видящаго въ присвоеніи имущества залогодержателемъ нормальное слѣдствіе просрочки по древнерусскому праву ⁵⁾.

Такія послѣдствія просрочки должны были различно отразиться на характерѣ залоговаго права въ зависимости отъ того, сопровождался ли залогъ досрочной продажей владѣнія или нѣтъ. Мы видѣли выше, что въ 15 и 16 столѣтіи обѣ формы существовали почти на равныхъ правахъ. Въ 17-мъ вѣкѣ въ числѣ изданныхъ актовъ также попадаются закладныя и того, и другого типа. И. А. Базановъ свидѣтельствуетъ, что въ неизданныхъ актахъ Вотчинной Кон-

¹⁾ Ibidem, 127.

²⁾ Ibidem, 131.

³⁾ Доп. къ А. И. Ц, 56, IV.

⁴⁾ Цыдвинскіе акты 8 и 11.

⁵⁾ Понятіе о залогѣ, стр. 296—298 и 300—301; какъ уже было упомянуто, этотъ взглядъ высказывалъ еще Мейеръ, Юридич. Сборн., стр. 258, 269.

торы по Пскову имѣется очень много сдѣло къ 17 вѣка гдѣ заложенное имущество оставалось въ руках должника; рѣже встрѣчаются такія сдѣлки въ дѣлахъ Помѣстнаго Приказа ¹⁾). По отношенію къ этой формѣ присвоеніе вещи кредиторомъ при просрочкѣ было дальнѣйшимъ развитіемъ обезпечительной идеи залога. Въ теченіе 17 вѣка развитіе московскаго права должно было мало-по-малу подорвать значеніе тѣхъ сдѣлокъ залога-поручительства, гдѣ кредитору предоставлялось только право искать съ опредѣленнаго имущества. Начиная съ 1628 года, въ московское право постепенно проникалъ принципъ законнаго распространенія отвѣтственности за долгъ на недвижимое имущество должника. По 7-ой статьѣ росписи статейнаго списка отъ 15-го января 1628 года ²⁾ „велѣно цѣнить дворы и животы и отдавать въ истцовъ искъ“. Уложеніе царя Алексѣя Михайловича разрѣшило обращать взыскаіііе на пустыя вотчины; съ 1656 г. оно было распространено на пустыя помѣстья, а съ 1685 г.—на всякія недвижимыя имущества ³⁾. Такимъ образомъ, въ теченіе всего 17 вѣка постепенно развивался принципъ общей имущественной отвѣтственности за долгъ. При такихъ условіяхъ исчезала надобность въ специальныхъ договорахъ о разрѣшеніи кредитору въ случаѣ неуплаты искать съ такого-то опредѣленнаго имущества. Это разрѣшеніе переставало быть привилегіей, выдѣлявшей данное долговое отношеніе изъ числа другихъ, переставало быть усиленной гарантіей, обезпечивавшей данное требованіе; иными словами, оно теряло свой залоговой характеръ. Право кредитора на присвоеніе вещи въ случаѣ просрочки должно было вдохнуть новую жизнь въ этотъ институтъ. Оно являлось какъ бы усиленіемъ,

¹⁾ Базановъ, Вотчинный режимъ въ Россіи, стр. 37.

²⁾ Указная книга Земскаго Приказа X (Хрестоматія Владимірскаго-Буданова, вып. III, стр. 138—139)

³⁾ См. у проф. М. Ф. Владимірскаго-Буданова, Обзоръ Исторіи Русскаго Права, стр. 659; ср. выше, стр. 28—9.

квалификаціей отвѣтственности заложенаго объекта по сравненію съ остальнымъ, незаложеннымъ имуществомъ. вмѣстѣ съ тѣмъ, оно достигало той цѣли, къ которой прежде былъ направленъ залогъ-поручительство и которой онъ не могъ больше служить теперь, при измѣнившихся условіяхъ: благодаря оговоркѣ „ся закладная и купчая“, для залогодержателя создавался особый объектъ удовлетворенія, недоступный притязаніямъ другихъ вѣрителей. Въ этой формѣ залогъ безъ передачи владѣнія опять былъ способенъ дать кредитору преимущество при взысканіи. Но теперь это достигалось не предоставленіемъ данному кредитору права на удовлетвореніе изъ объекта, на который взысканіе, вообще, не могло быть направлено (потому что такихъ объектовъ больше не существовало), а совершенно инымъ путемъ. Изъ общей имущественной массы выдѣлялась опредѣленная конкретная вещь, и по отношенію къ ней кредитору предоставлялись исключительныя правомочія, не допускавшія конкуренціи со стороны другихъ вѣрителей. Это—дальнѣйшее развитіе той же обезпечительной идеи, которая лежитъ въ основаніи залога-поручительства. Когда къ отвѣтственности за долгъ оказались привлеченными *ipso jure* всѣ цѣнности, находящіяся въ обладаніи должника, естественно было искать привилегіи и обезпеченія не въ количествѣ объектовъ, а въ качествѣ правъ.

Иную роль сыграло приобрѣтеніе имущества залогодержателемъ въ силу просрочки для тѣхъ формъ залога, гдѣ вещь еще до наступленія срока передавалась въ его владѣніе. Здѣсь залогодержатель уже давно пользовался обширными правомочіями по отношенію къ заложному объекту. Пользованіе имуществомъ „за ростъ“, отнимая, при тогдашнихъ экономическихъ условіяхъ, у кредитора интересъ къ уплатѣ долга, тѣмъ самымъ подрывало обезпечительный характеръ залога. Залогодержателю принадлежали права владѣнія и пользованія; до полной собственности ему недоставало, во

1-хъ, права распоряженія, а во 2-хъ, того вѣчнаго характера, который принадлежитъ праву собственности и который ограничивался при залогѣ безсрочнымъ правомъ выкупа со стороны должника. Теперь выкупъ ограниченъ былъ только однимъ моментомъ—срокомъ; послѣ срока закладная превращалась въ „купчую въ прокъ безъ выкупу“, а до срока выкупъ, на первыхъ порахъ, вѣроятно, также былъ затрудненъ ¹⁾. Само собою понятно, что эти ограниченія во времени значительно понижали вѣроятность выкупа. Въ большинствѣ случаевъ кредиторъ могъ при самомъ совершеніи залога рассчитывать, что заложенная вещь останется ему за долгъ. Въ одномъ законодательномъ памятникѣ 17 вѣка (1646 года) ²⁾ мы находимъ слова: „которые люди... купили себѣ вотчины, а иные въ закладъ поимали, и, *проча тѣ люди вотчины себѣ*, строили, лѣса расчищали...“ и т. д. Эта презумпція, что вотчина останется за долгъ кредитору, становится характерной для разбираемой формы залога въ 17 вѣкѣ. Права залогодержателя при этой формѣ довольно близки къ праву собственности, ограниченному во 1) возможностью выкупа въ опредѣленный моментъ, а во 2) вытекающей отсюда обязанностью владѣльца воздерживаться до срока отъ распоряженія имуществомъ. Базановъ приводитъ въ качествѣ типичной закладной для этой формы слѣдующую:

„Се азъ Анна... Нащокина съ сыномъ Иваномъ, да Иванъ Плещеевъ, да Иванъ Шишковъ занели у Алексѣя да у Ивана Веревкиныхъ 500 рублей денегъ прямыхъ безъ приписи мая отъ 9 дня 151 г., впредь до сроку до Семена дни лѣтопроводца (1 сентября) 155 г., а въ тѣхъ деньгахъ заложили мы ему... выслуженную вотчину (слѣдуетъ подробное описаніе по писцовымъ книгамъ). А не заплатимъ мы тѣхъ денегъ

¹⁾ Ср. выше, стр. 87—93.

²⁾ Указная книга Помѣстнаго Приказа IV, 58; см. Хрестоматія, III, стр. 260.

имъ и вотчины на срокъ не выкупимъ, и имъ на ту вотчину ся закладная и крепость въ прокъ безъ выкупу, и въ Помѣстномъ приказе въ записные вотчинные книги и намъ та вотчина записати за ними, и вольно имъ, ихъ женамъ, и дѣтямъ и внучатомъ тою нашею вотчиною самимъ владѣть, и продать и заложить.... А что оне, проча себѣ и своимъ женамъ и дѣтемъ...., впредь въ той вотчинѣ лѣсу розчистять и пашни распашуть.... и строеня построить, а хто вишцется той вотчинѣ вотчичъ и похочеть ту вотчину взяти на выкупъ...., и имъ взяти на насъ и на томъ выкупщикѣ деньги свои 500 рублевъ, а за лесную рощищу и за распашку...., и за всякое вотчинное строеніе взяти имъ по своей сказке; а кой насъ заимщикомъ будетъ на лицахъ, на томъ деньги и убытки и вотчинное очищеніе¹⁾. Въ другомъ мѣстѣ²⁾ Базановъ свидѣтельствуеть, что въ этой закладной, какъ и во многихъ другихъ, содержится также условіе: „а владѣти тою землею ему (залогодержателю), и землю пахать, и сѣно косить, и рыбу ловить“.

Характеръ этой закладной ясенъ. Повидимому, залогодержатели имѣли полное основаніе „прочить себѣ и своимъ женамъ и дѣтемъ“ заложенное имущество. Строгость условія о срокѣ вліяла какъ бы рикошетомъ на характеръ владѣнія залогодержателя до срока. Получалась форма залога, близкая къ той, которая описана Мейеромъ. Главное различіе между этой формой, существовавшей въ дѣйствительности, и той, о которой говоритъ Мейеръ, сводится къ одному только пункту: въ дѣйствительности залогодержатель лишь послѣ срока приобрѣталъ право распоряженія заложеннымъ имуществомъ³⁾. Еще въ 1875 году это замѣтилъ проф. М.

¹⁾ Базановъ, Вотчинный режимъ въ Россіи, стр. 35, прим. 77. Закладная извлечена изъ актовъ Помѣстнаго Приказа 6002/20, отъ 7154 г., д. 6 л. 144.

²⁾ Вотчинный режимъ въ Россіи, стр. 31, прим. 68.

³⁾ Подробнѣе см. объ этомъ ниже, стр.

Ф. Владимірскій-Будановъ, который въ 1-мъ изданіи своей Хрестоматіи указалъ, что Мейеромъ отмѣчена лишь одна изъ формъ древняго залога ¹⁾, а впоследствии пишетъ въ „Обзорѣ Исторіи Русскаго Права“: „несомнѣнно, что подобная форма залога существовала и существуетъ; но а) въ ней не слѣдуетъ усматривать такихъ преувеличенныхъ правъ залогопринимателя ²⁾; б) въ древне-русскомъ правѣ существовали рядомъ съ ней другія формы залога“ ³⁾.

Эта форма залога, тѣсно ограниченная во времени и не пользовавшаяся даже въ 17-мъ вѣкѣ исключительнымъ господствомъ, тѣмъ не менѣе, была принята известной группой ученыхъ за характерную и даже чуть-ли не единственную въ до-Петровской Россіи. Ее считали древнѣйшей первоосновой, исходнымъ моментомъ въ развитіи залога. Такой взглядъ, конечно, было трудно основать всецѣло на сохранившихся памятникахъ русской исторіи, какъ специально правовой, такъ и общей. И дѣйствительно, приверженцы названной теоріи пользовались гораздо меньше памятниками русской старины, нежели аналогіей римскаго и западно-европейскаго права. „Залоговое право по своему историческому развитію космополитично“ заявляетъ Гантоверъ ⁴⁾; а Мейеръ, хотя не высказываетъ такого положенія *explicite*, но линію своихъ разсужденій начинаетъ отъ древнѣйшаго римскаго залога въ формѣ *fiducia*. Въ виду такой постановки вопроса, едва ли возможно разсматривать теорію „залога-отчужденія“ въ русской юридической литературѣ внѣ связи съ литературой западно-европейской. Ограничиваясь одними отечественными памятниками, мы оставили бы въ сторонѣ одинъ изъ важнѣйшихъ аргументовъ школы Мейера. Да и сами явленія русскаго права были бы освѣщены не

1) Хрестоматія, вып. III, стр. 20, примѣч. 58.

2) Относится къ праву распоряженія. Примѣчаніе наше.

3) Обзоръ Исторіи Русскаго Права, стр. 592.

4) Залоговое Право, стр. 11.

полно при отсутствіи хоть краткой, эскизной параллели съ явленіями западно-европейскаго права, особенно германскаго. Къ сожалѣнію, мы вынуждены провести эту параллель лишь въ самыхъ общихъ штрихахъ, потому что болѣе подробное и внимательное разсмотрѣніе спорныхъ вопросовъ западно-европейской правовой исторіи увлекло бы насъ далеко за предѣлы нашей темы.

Какъ на форму залога, сходную съ разбираемой формой въ Россіи, для германскаго права обыкновенно указываютъ на такъ называемую *ältere Satzung*. Названіе это вошло въ употребленіе со времени Альбрехта, который употребилъ его впервые въ своей извѣстной книгѣ: „Die Gewere, als Grundlage des ältern deutschen Sachenrechts“ (Königsberg 1828). Но еще до присвоенія этой формѣ ея нынѣшняго имени она привлекала къ себѣ вниманіе изслѣдователей. Споръ, раздѣлявшій германистовъ тогда, не прекратился и до настоящаго времени. Какъ тогда, такъ и теперь одни ученые отождествляютъ *ältere Satzung* съ *Kauf auf Wiederkauf*, другіе, наоборотъ, рѣзко вооружаются противъ такого отождествленія. Нѣкоторые изъ наиболѣе горячихъ сторонниковъ самостоятельности обѣихъ сдѣлокъ даже считаютъ ихъ отождествленіе искусственной романизаціей древне-германскаго права со стороны современныхъ изслѣдователей. Съ этимъ послѣднимъ взглядомъ едва-ли можно согласиться. Не только юристы новаго времени, но даже сами источники, не находившіеся подъ вліяніемъ романистическихъ концепцій, нерѣдко смѣшиваютъ продажу и залогъ. Такъ, въ одномъ актѣ 1446 года, приведенномъ у Zöpfl'a, говорится: „der Schuldner setzt und verkauft... auf Wiederkauf...“¹⁾; въ другой сдѣлкѣ (1336 года) заложенный объектъ названъ куплей залогодержателя²⁾, и т. д. Большинство

¹⁾ „Должникъ закладываетъ и продаетъ... на выкупъ“. Zöpfl, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 833.

²⁾ Liv- und Esthl. Brieflade I, № 39; см. также Fabricius, Das älteste Stralsundische Stadtbuch, S. 266.

германистовъ, возстающихъ противъ отождествленія залога и продажи съ правомъ выкупа, находятъ между этими сдѣлками то различіе, что при продажѣ, осложненной правомъ выкупа, право собственности переходитъ къ залогодержателю, а въ случаѣ залога остается въ рукахъ залогодателя ¹⁾. Однако, такая конструкція, кажется, слишкомъ тонка и сложна для германскаго права въ первой половинѣ среднихъ вѣковъ. Мы увидимъ дальше, что какое-либо реальное выраженіе, практическое слѣдствіе права собственности залогодателя указать трудно ²⁾. Этотъ фактъ признанъ даже многими изъ приверженцевъ разбираемой теоріи. Такъ напримѣръ, Stobbe высказываетъ опредѣленно, что юридическія послѣдствія продажи съ правомъ выкупа и залога были одинаковы ³⁾. Право собственности должника съ точки зрѣнія этой теоріи пришлось бы разсматривать, какъ римское *nudum jus*, потому что его реальныя правомочія ничѣмъ не отличаются отъ другого случая, гдѣ этого права собственности за нимъ нѣтъ (*Kaufauf Wiederkauf*). Едва ли можно думать, чтобы на первыхъ стадіяхъ германскаго праворазвитія, когда абстрактныя понятія въ правѣ еще не играютъ значительной роли, когда абстрактное мышленіе развито слабо, *nudum nomen proprietatis* могло служить твердой и ясной гранью между двумя институтами, сходными во всемъ остальномъ. Какъ извѣстно, понятіе о правѣ собственности не имѣло въ древне-германскомъ правѣ того строгаго развитія, къ которому мы привыкли теперь. Исслѣдо-

¹⁾ Stobbe, Handbuch d. deut. Privatrechts, B. II, S. 267—8; Homeyer, Sachsenspiegel, II, 2, S. 347; Höpken, „Das Bremische Pfandrecht am liegenden Gut“ въ Brem. Jahrb. VII (1874), S. 84 ff; Meibom, Das deutsche Pfandrecht, S. 359; Brunner, Zur Rechtsgeschichte d. röm. und germ. Urkunde, S. 193 ff; Кассо, Понятіе о залогѣ, стр. 41; Базановъ, Происхождение современной ипотеки, стр. 29. 128 слѣ.

²⁾ См. ниже, стр. 128 слл.

³⁾ Handbuch, B. II, S. 267; ср. Кассо, Понятіе о залогѣ, стр. 39—41.

ватели отмѣчаютъ, что въ древне-германскихъ памятникахъ отношенія часто настолько запутаны, что трудно бываетъ опредѣлить, кому изъ лицъ, находящихся въ юридической связи съ данною вещью, принадлежить на нее право собственности. Знаменитые средневѣковые споры о *dominium directum*, *dominium utile* и *dominium eminens*, отразившіеся въ современной нѣмецкой доктринѣ учениемъ о „раздѣленномъ правѣ собственности“ („getheiltes Eigenthum“) ¹⁾, могутъ служить лучшей иллюстраціей этого положенія. Вообще, по справедливому замѣчанію Бруннера, „германская система правоотношеній была больше системой жизненныхъ отношеній, чѣмъ отвлеченно-юридическихъ—была экономической системой“ ²⁾. Поэтому, для германскаго права особенно рискованно строить различіе между двумя институтами на столь абстрактномъ базисѣ, какъ сохраненіе *nudi nominis proprietatis* въ одномъ случаѣ и отреченіе отъ него въ другомъ. Такая концепція совершенно не могла бы намъ объяснить, напримѣръ, тѣхъ актовъ, гдѣ кредиторъ, получивъ имущество въ залогъ, возвращаетъ его должнику въ качествѣ лена ³⁾. Вѣдь ленный владѣлецъ, согласно воззрѣніямъ юристовъ, получаетъ лишь *dominium utile*, а *dominium directum* должно принадлежать сюзерену: какъ же можетъ залогодержатель, не располагающій на заложенное имущество ни правомъ собственности, ни высшимъ (сравнительно съ должникомъ) леннымъ правомъ, отдать его въ ленъ, а дѣйствительный собственникъ получить на свое имущество *dominium utile*?

¹⁾ См. напр., Heusler, *Institutionen*, II, S. 48—51; Stobbe, *Handbuch* II, S. 57—63.

²⁾ Brunner, „*Geschichte und Quellen des deutschen Rechts*“ въ *Holtzendorfs Encyclopedie*, III Aufl., S. 204.

³⁾ Такой случай приводитъ, напримѣръ, Stobbe (*Handbuch* II, S. 269, п. 23) изъ одной сдѣлки 1232-го года: „*bona mea... cognato meo Ulrico... pro XX marcis col. titulo pignoris obligavi et... ipsa bona ab eo recipi sub castrensis beneficii nomine possidenda*“.

Эти сомнѣнія нѣсколько разъяснятся, если мы обратимъ вниманіе на особенности средневѣковаго германскаго вещнаго права вообще. Основнымъ институтомъ этого права была не собственность, не римская *proprietas*, а особый германскій институтъ: „*Gewere*“. *Gewere* обыкновенно переводятъ словомъ: „*Besitz*“ (владѣніе);¹⁾ но этотъ переводъ не совсѣмъ точенъ. По мнѣнію авторитетнѣйшихъ германистовъ, для *Gewere* характерна не столько детенція, сколько пользованіе вещью. „*Die Gewere eines Gutes*—говоритъ Heusler²⁾—*ist in der Person desjenigen vorhanden, der die Nutzung desselben hat und die Früchte daraus (in natura oder in Gestalt eines Zinses) bezieht, nach dem Ausdrücke der Quellen, das Gut in nut und gelde hat oder upbort*“³⁾. Такого же взгляда придерживаются Табандъ⁴⁾, Брунеръ⁵⁾ и другіе ученые; повидимому, съ нимъ соглашается и Stobbe⁶⁾. Источники рѣшительно высказываются въ пользу этого воззрѣнія. Въ Саксонскомъ Зерцалѣ, на примѣръ, мы находимъ слова: „... *it (en gut) in nut unde in gelde hevet unde den tins dar ut nimt. . . die hevet die gewere*“⁷⁾. Такимъ образомъ, для того, чтобы имѣть *Gewere*, недостаточно быть владѣльцемъ имѣнія, имѣть фактическую детенцію и *animus possidendi*: надо быть пользователемъ имѣнія, извлекать изъ него плоды. Другими словами, *Gewere* есть защищенное правомъ экономическое обладаніе имѣніемъ.

1) Ср. Stobbe, Handbuch II, S. 9 -10, n. 1.

2) Institutionen d. dent. Privatrechts, B. II, S. 22.

3) „*Gewere* имѣнія принадлежитъ тому, кто пользуется имъ и получаетъ плоды (натурой или въ видѣ арендной платы) по выраженію источниковъ, тому, кто держитъ имѣніе въ пользованіи и въ деньгахъ“. Ср. по этому поводу Heusler, *Gewere*, S. 337.

4) Vermögensrechtliche Klagen, S. 160.

5) Entstehung der Schwurgerichten, S. 169.

6) См. Handbuch II, S. 15; *Gewere*, S. 459.

7) „... тотъ, кто собираетъ плоды натурой или деньгами и получаетъ арендную плату, имѣетъ *Gewere*“. Sächs. Lehnr. 14, § 1.

Въ противоположность праву собственности, Gewere недѣлима: она не можетъ принадлежать одновременно нѣсколькимъ самостоятельнымъ хозяевамъ. Категорическія постановленія такого содержания мы находимъ въ обѣихъ частяхъ Саксонскаго Зеркала¹⁾, въ Швабскомъ ленномъ правѣ²⁾ и въ нѣкоторыхъ другихъ памятникахъ. Особенно характерно постановленіе Саксонскаго леннаго права. „En gut—гласитъ оно—mach maniges herren sin, also dat it en von deme anderen hebbe; doch mut enes die gewere sin“³⁾. Въ древне-германскомъ правѣ Gewere играетъ ту роль, которая въ современномъ правѣ принадлежитъ собственности: это то исключительное, не допускающее совмѣстительства право, которымъ опредѣляется принадлежность имѣнія.

Кому же принадлежитъ Gewere при залогѣ въ формѣ *ältere Satzung*? На этотъ счетъ сомнѣній не существуетъ: источники единогласно приписываютъ ее залогодержателю. Въ одномъ изъ постановленій Саксонскаго леннаго права мы находимъ слова „ene rechte gewere gewinnen... mit sattuunge“ („получить правомѣрную Gewere путемъ залога“)⁴⁾; Лигницкая глосса къ этому памятнику опредѣленно говоритъ въ 43 статьѣ о *phantwere*⁵⁾; аналогичное постановленіе мы находимъ въ *Magdeburger Fragen*, I, 6, 8; въ *Urkundenbuch des Landes ob der Enns* мы встрѣчаемъ подъ 1280 годомъ имѣніе „in rehter satzung gewer“⁶⁾; нѣсколько аналогичныхъ памятниковъ приводятъ *Meibom*⁷⁾ и *Stobbe*⁸⁾; наконецъ,

1) Sächs. Lehn. 14, § 1; Sächs. Landr. II, 57

2) Schwäb. Lehn. 29.

3) „Имѣніе можетъ принадлежать нѣсколькимъ собственникамъ—именно, когда одинъ его держитъ отъ друго; но Gewere должна принадлежать одному“. Sächs. Lehn. 14, § 1.

4) Sächs. Lehn. 26, § 9.

5) Цитирую по *Homeyer*'у, *Sachsenspiegel*, B. II, 1, S. 360, n. 22.

6) *Urkundenb. d. Landes ob der Enns*, III, № 570.

7) См., напр., *Pfandrecht*, S. 431, N 245, 246.

8) Напр., *Gewere*, 436, N 34.

эта мысль опредѣленно выражена въ мекленбургскомъ Codicillus'ѣ, которымъ пользовался Базановъ ¹⁾). Почти всѣ германисты, въ полномъ согласіи съ приведенными источниками, приписываютъ Gewere при ältere Satzung не собственнику, а залогодержателю. Чтобы показать, насколько это мнѣніе пользуется признаніемъ авторитетныхъ ученыхъ, достаточно назвать имена Meibom'a ²⁾, Stobbe ³⁾, Heusler'a ⁴⁾, Pauli, ⁵⁾, Kacco ⁶⁾, и др.

Такимъ образомъ, главное юридическое дѣйствіе продажи съ правомъ выкупа и залога было одинаково: Gewere переходила къ покупателю или къ залогопринимателю. Неудивительно поэтому, что въ источникахъ залогъ и продажа нерѣдко смѣшиваются. Такъ, напримѣръ, въ Urkundenbuch der Stadt Halberstadt мы находимъ подъ № 17 залоговую сдѣлку со слѣдующими словами: „*proprietatem bonorum Gozwino ad quinquennium obligarunt, decursis his annis, si pecuniam solvere voluerint, ad ipsorum utilitatem proprietas servatur*“. Аналогичное явленіе было довольно распространено въ лангобардскомъ правѣ. Залогодержатель получаетъ *cartam venditionis*, но одновременно выдаетъ залогодателю *contractam*, гдѣ обязывается вернуть вещь по возвратѣ денегъ ⁷⁾). Въ нѣкоторыхъ изъ подобныхъ актовъ германскаго права для романиста даже терминологія явилась бы прямо непонятной (напримѣръ, въ вышеприведенномъ актѣ изъ Urk.-B. der Stadt Halberstadt); но недоразумѣніе легко разъяснится, если мы примемъ во вниманіе, что въ нихъ рѣчь идетъ, очевидно, не о

¹⁾ См. Базановъ, Происхождение современной ипотеки, стр. 21—23.

²⁾ Pfandnecht, S. 340 ff. 357 ff.

³⁾ Gewere, S. 464 ff; Handbuch II, S. 13 f., 266 f.

⁴⁾ Institutionen II, S. 131, 134 ff.

⁵⁾ Abhandlungen aus dem lübischen Rechte, S. 136 ff.

⁶⁾ Понятіе о залогѣ, стр. 31.

⁷⁾ Brunner, Zur Rechtsgeschichte d. röm. und germ. Urkunde, S. 193 f.; Pertile, Storia del diritto italiano, t. IV, p. 519 s., n. 17.

proprietas, а о Gewere, которая въ подобныхъ случаяхъ, дѣйствительно, переходила на извѣстное время (до срока) къ залогопринимателю и должна была служить „ad ipsorum utilitatem“ послѣ выкупа. Этотъ переводъ Gewere на латинскій языкъ словомъ proprietas чрезвычайно характеренъ для германскаго правосознанія. Gewere переходила къ залогодержателю, какъ и при куплѣ-продажѣ; а такъ какъ абстрактное право собственности играло въ древне-германскомъ правѣ малую роль, то отсюда происходятъ частыя сопоставленія продажи и залога, какъ двухъ способовъ перенесенія Gewere на приобретателя. Такое сопоставленіе можно видѣть, напримѣръ, въ Dithmarisches Landrecht 1567 г., гдѣ въ art. 87 § 13, между прочимъ, говорится: „...den Hoff koft edder in synne pandlyke gewehr nimmt“ ¹⁾. Все различіе состояло въ томъ, что при залогѣ связь прежняго владѣльца съ вещью не разрывалась окончательно: онъ могъ вернуть ее путемъ выкупа. Но эта черта не отличала *Satzung* отъ *Kauf auf Wiederkauf*. Отчужденіе, сводившееся къ передачѣ Gewere, происходило одинаково при обѣихъ сдѣлкахъ; въ обѣихъ отчуждатель сохранялъ только „Anfall“ — вещь могла „попасть“ обратно въ его руки ²⁾. Исходя изъ этихъ соображеній, Heusler справедливо признаетъ *ältere Satzung* и *Kauf auf Wiederkauf* сдѣлками, идентичными по существу ³⁾. Даже форма совершенія обѣихъ сдѣлокъ въ древне-германскомъ правѣ, судя по нѣкоторымъ источникамъ, была одинакова: залогъ въ нѣкоторыхъ территоріяхъ

¹⁾ „...купить дворъ или приметъ его въ свою залоговую Gewere“.

²⁾ Ср. *Sachsenspiegel* I (Sächs. Land.) 30, d. 1: „Wer sin gud eyme verkoufft zuu sime liebe, sezt adder lesset also bescheydelich, wen des nicht en wer, daz es widder uf on fiele, unde sterbet he, er is om ledigk wert *den anefal* erbet her uf den nesten. Stirbet aber derselbe neste, den *anval* erbet er vort uff den nesten“. Ср. ниже, стр. 137.

³⁾ *Instit.* II, S. 137; см. также Franken, *Das französische Pfandrecht im Mittelalter*, S. 110, n. 1.

производился въ той самой торжественной формѣ *Auflassung*, которая была установлена для продажи. Heusler, не признающій возможности *Auflassung* при залогѣ, не допускаетъ ея также при продажѣ, осложненной правомъ обратнаго выкупа (исходя изъ того соображенія, что смыслъ *Auflassung* состоялъ въ полномъ отреченіи отчуждателя отъ всякихъ правъ на отчуждаемое имущество) ¹⁾. Но источники заставляютъ думать, что *Auflassung*, въ дѣйствительности, практиковалась при обѣихъ сдѣлкахъ. Изъ ученыхъ, занимавшихся этимъ вопросомъ, такого мнѣнія придерживается, напримѣръ, Stobbe ²⁾; въ недавнее время оно получило рѣшительное подтвержденіе въ матеріалахъ, извлеченныхъ Базановымъ изъ мекленбургскаго *Codicillus'a* ³⁾.

Heusler, наиболѣе рѣшительно высказывающійся въ пользу тождества существенныхъ чертъ въ обѣихъ сдѣлкахъ, устанавливаетъ между ними одно различіе, позволяющее считать ихъ, по крайней мѣрѣ, двумя различными формами одной и той же сдѣлки. Именно, по его мнѣнію, *Kauf auf Wiederkauf* допускаетъ свободное распоряженіе обладателя временно принадлежащимъ ему имуществомъ; наоборотъ, при *Satzung* такое распоряженіе было невозможно (конечно, безъ согласія собственника) ⁴⁾. Къ сожалѣнію, обѣ половины этого положенія остались недоказанными. Самъ Heusler совершенно не указываетъ актовъ залога, воспреещающихъ залогодержателю распоряженіе имуществомъ ⁵⁾; логически же нѣтъ основаній предполагать другихъ

¹⁾ *Instit.* II, S. 138 ff.

²⁾ *Handbuch* II, S. 271. Кассо (Понятіе о залогѣ, стр. 41) допускаетъ *Auflassung* при *Kauf auf Wiederkauf*, но не при *Satzung*.

³⁾ См. Базановъ, Происхожденіе современной ипотeki, стр. 23—4.

⁴⁾ Heusler, *l. c.*, S. 140.

⁵⁾ Одинъ такой актъ указываетъ Кассо, Понятіе о залогѣ, стр. 40, прим. 4.

ограничений, кромѣ вытекающихъ изъ права должника на выкупъ (напримѣръ, вытекающая отсюда фактическая невозможность продать имѣніе третьему лицу за сумму, превышающую долгъ). И дѣйствительно, акты иногда прямо оговариваютъ право залогодержателя распоряжаться въ этихъ предѣлахъ заложеннымъ ему имуществомъ. Такъ, въ *Urkundenbuch für Liv-, Esth- und Curland* мы находимъ подъ 1346 годомъ актъ, предоставляющій залогодержателю „*plenam potestatem ordinandi et disponendi... de ipsis jam dictis bonis*“ ¹⁾. Въ *Monumenta neapolitana* подъ 1048 годомъ имѣется салернская сдѣлка, гдѣ по отношенію къ заложеннымъ землямъ залогодержателю предоставляется право „*eas tenendi, dominandi, fruendi et concedendi*“ ²⁾. То-же самое подтверждается изъ нѣкоторыхъ актовъ, приведенныхъ у *Meibom'a* ³⁾, у *Guden'a* ⁴⁾ и у *Merkel'a* ⁵⁾. Съ другой стороны, Л. А. Кассо отмѣчаетъ, подтверждая свой взглядъ ссылками на источники, что и при продажѣ съ правомъ обратнаго выкупа иногда встрѣчается ограниченіе покупателя въ правѣ дальнѣйшаго отчужденія ⁶⁾; нужно полагать, что и при этой формѣ права распоряженія временнаго обладателя подвергались, во всякомъ случаѣ, естественному ограниченію въ видѣ размѣра той суммы, за которую прежній владѣлецъ могъ выкупить имѣніе.

Еще менѣе убѣдителенъ доводъ, будто отчуждатель при *Kauf auf Wiederkauf* могъ требовать предоставленія ему выкупа только лично отъ своего контрагента, а при *Satzung*—отъ всякаго владѣльца ⁷⁾. Источ-

¹⁾ *Urk.-B. f. Liv-, Esth- u. Curland*, III, №8 41a.

²⁾ *Monumenta neapolitana* № 391.

³⁾ *Pfandrecht*, S. 348 ff.

⁴⁾ *Sylloge*, S. 101.

⁵⁾ *Zeitschr. f. Rechtsgeschichte*, II, S. 144, N 123.

⁶⁾ Понятіе о залогѣ, стр. 40.

⁷⁾ *Albrecht, Gewere*, S. 145; *Meibom, Pfandrecht*, S. 359; *Budde, статья въ Zeitschr. f. d. Recht*, IX, S. 436.

ники рѣшительно противорѣчатъ этому взгляду ¹⁾; въ литературѣ онъ встрѣтилъ серьезныя возраженія со стороны Лабанда ²⁾ и Паули ³⁾. Повидимому, слѣдуетъ признать, что и при Kauf auf Wiederkauf отчуждатель сохранялъ для своего права выкупа полную гарантію въ формѣ иска съ абсолютной силой; и напрасно по этому Stobbe хочетъ видѣть разницу между обѣими сдѣлками въ томъ, что при Satzung должникъ сохраняетъ непосредственное право на вещь, а при Kauf auf Wiederkauf—только облигаторный искъ противъ своего контрагента ⁴⁾.

Наконецъ, распредѣленіе отвѣтственности при уничтоженіи или поврежденіи объекта вслѣдствіе casus'a также не даетъ почвы для разграниченія древняго залога въ формѣ altere Satzung и продажи съ правомъ обратнаго выкупа. Не подлежитъ сомнѣнію, что рискъ при залогѣ въ формѣ altere Satzung лежалъ на залогодержателѣ. На это единогласно указываютъ источники ⁵⁾ и этотъ же взглядъ господствуетъ въ литературѣ ⁶⁾.

Такимъ образомъ, никакой ощутительной разницы между юридическими послѣдствіями altere Satzung и Kauf auf Wiederkauf обнаружить не удастся. Все раз-

¹⁾ См. Urkundensammlung der Schleswig-Holst. Gesellschaft, III, № 39 (1400 г.), Hennenbergisches Urk.-B., III, № 68 (1362 г.) и др. Ср. у Racco, l. c., с. 40, прим. 1.

²⁾ Vermögensrechtliche Klagen, S. 368 ff.

³⁾ Abhandlungen, IV, S. 131.

⁴⁾ Handbuch II, S. 267. См. также Platner въ Zeitschr. f. Rechtsgeschichte, S. 154 f.

⁵⁾ См. рѣшеніе Иглавскихъ Шефеновъ отъ XIV-го вѣка у Tomaschek'a, Der Oberhof Iglau, § 63; Bremer Urkundenbuch, III, № 498 (1376 г.); Urkundenbuch der Stadt Lüneburg, I, № 464 (1351 г.); Urkundenbuch der Stadt Lübeck, III, № 323 (1359 г.).

⁶⁾ Ср. Meibom, Pfandrecht, S. 289, 474; Racco, l. c., стр. 51; Rückert, Untersuchungen über das Sachenrecht der Rechtsbücher, S. 119.

личіе состоитъ въ томъ, кому принадлежитъ абстрактное право собственности на заложенное (или проданное на выкупъ) имущество. Быть можетъ, для поздняго времени накануне рецепціи, когда *ältere Satzung* сохранялась еще во многихъ мѣстахъ, это различіе имѣло значеніе; но трудно допустить, чтобы оно играло большую роль въ средніе вѣка, когда вещное право германскихъ народовъ было основано не на *Eigentum*, а на *Gewere*. Разграниченіе между двумя институтами, базирующее на *nudum nomen proprietatis*, было бы возможно въ римскомъ правѣ; но для древне-германскаго права гораздо больше оснований считать слѣдомъ романистической тенденціи изслѣдователей такое разграниченіе, чѣмъ отождествленіе *ältere Satzung* съ *Kauf auf Wiederkauf*.

Въ связи съ этими германскими началами находится средневѣковое залоговое право другихъ западно-европейскихъ народовъ—лангобардская *fiducia* и французское *engagement*. Что касается первой, то, по мнѣнію Schupfer'a, она, какъ и *fiducia* въ Римѣ, переносила на залогодержателя не только права владѣнія, но даже безусловное право собственности¹⁾. Эта крайность въ настоящее время въ наукѣ почти отвергнута²⁾. Залогодержателю передавалось въ дѣйствительности только владѣніе и пользованіе заложенной вещью; но это владѣніе, подобно германской *Gewere*, настолько составляло центръ тяжести вещныхъ отношеній, что право смѣшивало залогъ съ куплей-продажей, осложненной правомъ обратнаго выкупа³⁾. Самый залогъ, какъ уже было упомянуто, совершался часто посредствомъ *carta venditionis*⁴⁾; въ одномъ генуэзскомъ актѣ 1138 года мы находимъ оригинальное выраженіе: „*cartam venditionis no-*

1) Schupfer, Longobardi, p. 190.

2) См. Calisse, Diritto di Teodosio p. 30, и Pertile, l. c. p. 515.

3) Ср. Pertile, l. c., p. 519.

4) См. выше, стр. 129.

mine pignoris fecit“¹⁾. Едва ли мы ошибемся, если сблизимъ эту лангобардскую форму залога, заимствовавшую свое названіе отъ римской fiducia, съ тѣмъ общегерманскимъ явленіемъ, которое со времени Альбрехта принято называть „ältere Satzung“.

Что касается французскаго средневѣковаго права, то французская saisine—это та же Gewere²⁾. По единоголосному указанію французскихъ источниковъ, saisine при engagement переходитъ къ залогодержателю. Такъ, Beaumanoir неоднократно указываетъ на engagement, какъ на способъ приобрѣтенія saisine³⁾, а въ одномъ мѣстѣ, становясь на точку зрѣнія собственника, говоритъ: „se dessaisir par cause de vente, ou de don, ou d'aumosne, ou d'escange, ou d'engegement“⁴⁾. Хотя французскіе источники опредѣленно указываютъ на сохраненіе права собственности залогодателя⁵⁾, но это объясняется, повидимому, одной интересной особенностью въ исторіи французскаго engagement. Дѣло въ томъ, что изъ двухъ формъ engagement—vifgage, при которомъ капитальная сумма погашалась плодами заложенной вещи, и mortgage, при которомъ плоды служили только вмѣсто процентовъ, не зачитываясь въ капитальную сумму⁶⁾,—

¹⁾ M. h. r. Ch., I, 479. Другой аналогичный актъ у Muratori. Antiquitate italiane, III, 1161.

²⁾ См. Heusler, Gewere, S. 348, 351 ff. Ср. также о Seisine въ англійск. правѣ Gundermann, Das englische Privatrecht, S. 243 ff.

³⁾ Beaumanoir, Les Coutumes du Beauvoisis, глава: „De desseizine et de force et de nouviau tourble“.

⁴⁾ Ibidem, LI, 18. Ср. также Assises de Jér., Cour des Bourg., 32, и Grand Coutumier de Normandie, 111.

⁵⁾ См. напр., Beaumanoir l. c., cap XXXVШ: „... par engagement on pot bien avoir uzage sor autrui coze, tout soit le propriété a autrui“ („путемъ engagement можно получить право пользованія чужою вещью, хотя собственность принадлежитъ по-прежнему другому лицу“). Ср. Franken, Franz. Pfandr., S. 122—3.

⁶⁾ См. Beaumanoir, l. c., LXVШ, 11; Loisel, Institutes Coutumières, liv. III, tit. VП, de gages et hypothèques; Franken, l. c., S. 123—130; Кассо, Понятіе о залогѣ, стр. 251; Glasson, Histoire du droit et des institutions de la France t. VII.

последній считался ростовщическимъ и допускался только въ исключительныхъ случаяхъ¹⁾. Отсюда вытекало то слѣдствіе, что, по окончаніи извѣстнаго срока, залогодатель, по общему правилу, получалъ вещь назадъ безъ выкупа, въ силу одного только своего права собственности. Это, конечно, не могло не способствовать дифференціаціи и упроченію представленія о его правѣ. Но въ отношеніи mortgage, гдѣ этой особенності не было, какъ изслѣдователи, такъ и сами источники указываютъ на близость его къ *vente a réméré*²⁾. Поздніе источники, очевидно, подъ влияніемъ понятій римскаго права, уже настаиваютъ на раздѣленіи пользованія и права собственности³⁾. Однако, источники болѣе ранніе не проводятъ этого раздѣленія строго. Можно найти случаи, гдѣ сдѣлки въ формѣ *vente a réméré* были признаны залоговыми по суду⁴⁾. Нужно также замѣтить, что по французскому средневѣковому праву, какъ и по германскому, рискъ случайной гибели вещи, заложенной въ формѣ *engagement*, падаетъ на залогодержателя⁵⁾. Все это позволяетъ отнести и французское средневѣковое залоговое право къ той же группѣ явленій, общихъ всѣмъ народамъ германо-романскаго происхожденія.

Эти выводы, добытые изслѣдованіемъ развитія западно-европейскаго залогового права, дали поводъ къ

¹⁾ Beaumanoir, l. c., LXVIII, 11; Bouteiller, Somme Rural, p. 138; Gr. Cout. de Norm., cap. 20 et 111; Très ancienne coutume de Bretagne, cap. 53; Les Olim, I, p. 449, VIII; Loisel, l. c., tit. VII, § 3.

²⁾ См. Lamprecht, „Beiträge zur Geschichte des französischen Wirtschaftsleben im XI Jahrh.“ въ Staats- und sozialwissenschaftliche Forschungen, I, 3, S. 136 ff.; Franken, l. c., S. 175—182; Кассо, l. c., стр. 246—7; Базановъ, Происхожд. соврем. ипотеки, стр. 35.

³⁾ Ср. Bouteillier, l. c., tit. I, p. 3.

⁴⁾ Les Olim, III, 1, p. 107 et 118.

⁵⁾ Assises de Jér., C. des B., 56; изъ поздаѣйшаго времени (16 в.) Coutume de Bayonne, tit. XX (изд. 1514 г.).

возникновенію теоріи о космополитизмѣ историческаго развитія залога. *Ältere Satzung* и родственныя ей формы сопоставляли, съ одной стороны, съ римскимъ залогомъ въ формѣ *fiducia*, съ другой стороны, съ той формой русскаго залога, гдѣ кредитору передавалось владѣніе и пользованіе заложенымъ имуществомъ и, сверхъ того, оговаривался переходъ имущества въ его полную собственность въ случаѣ просрочки. Школа Мейера, провозглашая эту форму господствующимъ типомъ древне—русскаго залога, смотрѣла на нее, какъ на продажу, осложненную правомъ выкупа¹⁾.

Однако, эти взгляды едва ли можно считать въ достаточной степени доказанными. Прежде всего, уже сопоставленіе *ältere Satzung* съ римской *fiducia* страдаетъ большою неточностью. Мы видѣли выше, что при древне-германскомъ залогѣ право выкупа должника обладало абсолютной исковой силой²⁾. Это не было личное притязаніе должника противъ его кредитора: это было самостоятельное право на вещь, которое германскій юридическій языкъ называлъ: „*Anfall*“. Въ Саксонскомъ Зерцалѣ имѣется характерное постановленіе, гласящее, что, въ случаѣ, если должникъ умретъ, не успѣвъ выкупить имущества, его ближайшій родственникъ *наслѣдуетъ* „*Anfall*“, а въ случаѣ, если и онъ не успѣетъ осуществить своего права, „*Anfall*“ переходитъ по наслѣдству дальше³⁾. Такимъ образомъ, связь залогодателя съ вещью не разрывалась окончательно, а только преображалась въ это особое право. Иныя отношенія наступила при римской *fiducia*⁴⁾. Здѣсь отчужденіе было полнымъ. Никакихъ правъ на вещь за-

¹⁾ Кромѣ цитированныхъ выше сочиненій Мейера и Гантовера, см. также Побѣдоносцевъ, Курсъ гражд. Пр., т. I-й, стр. 577—8; проектъ Гражд. Улож., объясненія къ 288-й ст. кн. III.

²⁾ См. выше, стр. 132—3.

³⁾ *Sachsensp. I*, (*Sächs. Landr.*) 30, d. 1; ср. выше, стр. 130, прим. 2.

⁴⁾ См. объ этомъ институтѣ Dernburg, *Pandecten*, B. I, S. 639—641.

логодатель не сохранять. На залогодержателѣ лежало только личное обязательство изъ *actum fiduciaе* о возвратѣ заложенной вещи послѣ уплаты долга. Объятысканіи вещи изъ третьихъ рукъ не могло быть и рѣчи. Всякая связь должника съ вещью была порвана; оставалась только личная связь съ кредиторомъ. И къ этому положенію, безпримѣрно обременительному для должниковъ, присоединялось еще право кредитора выбирать между личнымъ и вещнымъ искомъ. Онъ могъ отказаться отъ взысканія съ имущества, и, направивъ свой искъ лично противъ должника, обратить его въ долговое рабство или даже *in partes secare*; само собою понятно, что подобнымъ правомъ кредитора возлагался на должника весь рискъ при уничтоженіи или поврежденіи вещи вслѣдствіе *casus'a*. Въ германскомъ правѣ залоговое отчужденіе было ограничено вещными правами должника, въ римскомъ, наоборотъ, — личными правами кредитора; германская *ältere Satzung* представляла пріобрѣтателю меньше правъ, нежели абсолютная продажа, римская *fiducia*, наоборотъ, — больше. Это настолько существенная разница, что едва ли она позволяетъ ставить обѣ залоговыя формы на одну доску.

Кажется, больше сходства можно найти между *ältere Satzung* и другой формой римскаго залога — *pignus*¹⁾. При этой формѣ залогодержателю передавалось не право собственности, а только владѣніе и пользованіе заложеннымъ имуществомъ. Право собственности оставалось въ рукахъ должника, и это давало ему (конечно, подъ условіемъ уплаты долга) абсолютный искъ о возвратѣ вещи, дѣйствительный противъ всякаго владѣльца послѣдней. Такимъ образомъ, и здѣсь кредитору передавалось обладанье вещью, а должникъ сохранялъ съ ней прочную юридическую связь. Однако, *pignus* нельзя, какъ *ältere Satzung*, считать продажей съ

¹⁾ См. о ней Баронъ, Система рим. гражд. права, вып. II, стр. 132; Хвостовъ, Исторія римск. права, стр. 279.

правомъ обратнаго выкупа. Во 1-хъ, кредиторъ и здѣсь, какъ при *fiducia*, имѣеть право выбора между вещнымъ и личнымъ искомъ. Во 2-хъ, римское *possessio* не есть *Gewere*. Въ римскомъ правосознаніи основнымъ вещнымъ правомъ была собственность; разъ собственность оставалась въ рукахъ залогодателя, то вещь была его, и отчужденія не происходило. Принципіальное различіе между *ignus* и *ältere Satzung* заключается не столько въ содержаніи сдѣлки, сколько въ ея оцѣнкѣ правосознаніемъ: та самая сдѣлка, которая въ германскомъ правѣ составляла отчужденіе съ оговоркой объ „*Anfall*“, была въ римскомъ правѣ простой передачей владѣнія и пользованія съ правомъ кредитора приобрѣсти или отчуждить вещь въ случаѣ неуплаты.

Уже это краткое сопоставленіе показываетъ, что ходъ историческаго развитія залога въ римскомъ и германскомъ правѣ не былъ одинаковъ. Но нельзя считать безусловно доказаннымъ даже того, что такъ называемая *ältere Satzung* дѣйствительно была, подобно *fiducia* въ Римѣ, древнѣйшей формой германскаго залога. Въ наукѣ существуетъ возрѣніе, что *neuerer Satzung*, при которой (*Gewere* оставалась въ рукахъ должника, представляетъ не менѣе древнюю форму, нежели *ältere* ¹⁾). Интересные памятники лангобардскаго права, приведенные приверженцами цитированнаго возрѣнія, показываютъ съ несомнѣнностью, что еще въ ту отдаленную эпоху существовало представленіе о залогѣ, не связанномъ съ передачей имущества кредитору ²⁾). Къ сожалѣнію, именно лангобардское право въ данномъ случаѣ мало помогаетъ своимъ примѣромъ пролить свѣтъ на общегерманское право среднихъ вѣковъ. Съ одной стороны, лангобарды, живя въ самой Италіи, находились подъ

¹⁾ Heusler, *Inst.* II, S. 131, 143—5; Stobbe, *Handb.* II, S. 265—6, 272—3; Удинцевъ, *Ист. Займа*, стр. 91. Ср. также Кассо, I, с., стр. 74 слл., и Базановъ, *Происх. совр. ип.*, стр. 13 слл.

²⁾ См., напр., у Heusler'a, I, с., S. 145, n. 7 и 8, у Кассо, I, с., стр. 74 прим. 7, стр. 75 прим. 2, и др.

болѣе сильнымъ вліяніемъ римскаго права, нежели всѣ другія германскія племена. Съ другой стороны, въ эпоху, къ которой относятся лангобардскіе памятники, еще слабо была развита феодальная система, сыгравшая такую крупную роль въ исторіи германскихъ народовъ. Въ частности для залога феодальная система должна была имѣть огромное значеніе. Тамъ, гдѣ имѣніе было основой служебныхъ отношеній, гдѣ оно давалось сюзереномъ въ качествѣ источника для исполненія служебныхъ обязанностей, тамъ было чрезвычайно важно сохранить нераздробленной экономическую силу имѣнія. Именно сборники леннаго права наиболѣе категорическимъ образомъ настаиваютъ на недѣлимости (*Gewere*—не потому, чтобы пользованіе физически было недѣлимо, не потому, что *die gewere kan nur enes sin*, а потому, что оно не должно быть раздѣлено, потому что *die gewere mut enes sin*¹⁾). Публично-правовая обязанность службы, лежавшая на имѣніи, заставляла дорожить сохраненіемъ всей его экономической силы, всѣхъ его средствъ въ рукахъ одного лица. Къ этому присоединялось то обстоятельство, что неисполненіе ленныхъ обязанностей, какъ личныхъ и натуральных, влекло за собой въ качествѣ юридическаго послѣдствія не взыскаііе, а отобраніе лена²⁾). Поэтому, въ эпоху развитой феодальной системы, когда всѣ земельныя имущества были втянуты въ кругъ ленныхъ отношеній, не только сюзерены были заинтересованы въ томъ, чтобы всѣ экономическія силы имѣнія сосредоточивались въ однѣхъ рукахъ, но и сами залогодержатели, оставляя имѣніе во владѣніи должника, рисковали бы потерять его, если должникъ не будетъ исполнять своихъ вассальныхъ обязанностей. Естественнымъ выходомъ изъ этого положенія была передача имѣнія кредитору съ возложеніемъ на него же

1) Sächs. Lehn. 14, § 1; ср. выше, стр.

2) Sächs. Lehn. 76, § 3; ср., Heusler, Inst. II, S. 166; Pertile, l. c., p. 674.

вассальныхъ обязанностей по этому имѣнію и съ сохраненіемъ за должникомъ права выкупа. И дѣйствительно, за исключеніемъ лангобардскихъ памятниковъ, свѣдѣнія о *neuere Satzung* начинаютъ впервые попадаться въ городахъ въ XIII и XIV столѣтіи, т. е. въ то время, когда городъ уже выходилъ изъ круга феодальныхъ отношеній. Кассо относитъ первые слѣды этой формы къ Бременскому акту 1303 года, Рижскимъ 1288 и 1317 и Ревельскому 1358 года¹⁾. Однако, Паули указываетъ подобный актъ еще въ 1262 г. въ Любекѣ²⁾. Въ городахъ XIII и XIV вѣка уже существовала свободная собственность гражданъ, не связанная правами сюзерена; и неудивительно, что именно здѣсь нашла почву для своего развитія та форма залога, которая должна была заглохнуть въ условіяхъ феодальнаго быта. Heusler, Stobbe и другіе германисты, полагающіе, что между *altere* и *neuere Satzung* нельзя установить хронологической послѣдовательности, устанавливаютъ между ними иную грань: они считаютъ *altere Satzung* преимущественно сельскимъ залогомъ, а *neuere*—преимущественно городскимъ³⁾. Въ памятникахъ существуютъ многочисленныя указанія на *altere Satzung* въ городахъ⁴⁾; но лишь въ концѣ среднихъ вѣковъ, когда феодальный строй уже разлагался, попадаются болѣе или менѣе часто указанія на *neuere Satzung* въ отношеніи сельскихъ имѣній⁵⁾.

1) Понятіе о залогѣ, стр. 74, прим. 4.

2) *Abhandlungen* IV, S. 134.

3) Stobbe, *Handbuch* II, S. 266, 272—3; Heusler, *Inst.* II, S. 119—150; Pauli, *l. c.*, S. 129—130, 134 ff.

4) Напримѣръ, *Urk. B. d. St. Halbertadt* I, 17; *Stralsunder Stadtbuch* III, 298; *ibidem*, IV, 564; *Urk. B. d. St. Magdeburg* I, 476; *Bremer Urk. B.* III, 498; *Urk. B. d. St. Lüneburg* I, 464; *Urk. B. d. St. Lübeck* III, 323. Ср. Höpken, „*Das Brem. Pfandr. am lieg. Gut*“ въ *Brem. Jahrb.* VII, 1874, S. 72 f., 88; Meibom, *Pfandr.*, S. 398 ff; Stobbe, *Handbuch* II, S. 266. Для мекленбургскихъ городовъ обширныя и точныя свѣдѣнія въ *Codicillus*’ѣ, которымъ пользовался Базановъ. См. Базановъ, *Происхожд. соврем. нп.*, стр. 19.

5) См. Кассо, *Понятіе о зал.*, стр. 77.

Позволительно думать, что въ эпоху развитого феодализма *altere Satzung* была безусловно господствующей формой залога. Но это вліяніе феодализма не сближаетъ, а, наоборотъ, удаляетъ развитіе залога въ германскомъ правѣ отъ аналогіи съ римскимъ. Въ римскомъ мірѣ кое-какіе зачатки феодальныхъ отношеній появились уже очень поздно—въ эпоху упадка римской имперіи ¹⁾. Залогъ въ формѣ *fiducia* возникалъ и развивался не на этой почвѣ, а на почвѣ тѣхъ особыхъ, почти исключительныхъ экономическихъ условій, въ которыхъ протекала римская жизнь древнѣйшей эпохи. Рѣдко гдѣ можно встрѣтить такой чистый типъ натурального хозяйства, какъ на первыхъ стадіяхъ римской исторіи ²⁾. Самъ городъ Римъ въ это время—почти село; его дома состоятъ изъ двухъ половинъ, изъ которыхъ одну занимаютъ люди, а въ другой помѣщается скотъ и хозяйственные принадлежности. Торговли почти нѣтъ. Богатство выражается не въ денежной мѣрѣ, а въ количествѣ земли, принадлежащей данному лицу ³⁾. Понятно, какъ трудно было достать въ такомъ городѣ кредитъ и какъ сильна была экономическая зависимость нуждающихся отъ кредиторовъ. Крайнюю строгость римскихъ долговыхъ законовъ большинство изслѣдователей склонно считать общимъ явленіемъ всякаго первобытнаго права ⁴⁾; но только въ античномъ мірѣ (Греціи и Римѣ) долговья отношенія были такимъ общественнымъ бѣдствіемъ, что могли служить почвой

¹⁾ См. Fustel de Coulanges, *Hist. des instit. de l'ancienne France*, t. II, IV et V.

²⁾ Нѣкоторые экономисты, (напр., Бюхеръ, *Возникновение народн. хозяйства*, вып. I, стр. 88—93) считаютъ римское хозяйство натуральнымъ на всемъ протяженіи римской исторіи. Правильность этого взгляда сомнительна.

³⁾ При реформѣ Сервія Туллія классы первоначально были распределены по землевладѣнію, и лишь потомъ распределеніе переведено на ассы. См. Mommsen, *Römische Geschichte*, B. I, S. 89.

⁴⁾ См. выше, стр. 9.

для социальной революции. Революция должниковъ противъ кредиторовъ—это нѣчто такое, что даже не совсѣмъ укладывается въ современномъ умѣ. Велика должна была быть экономическая сила людей, располагавшихъ свободными излишками и согласныхъ предоставить ихъ въ кредитъ, если противъ нихъ приходилось прибѣгать къ народному возстанію!

Эта подавляющая экономическая сила одной стороны и беззащитная слабость другой не могла не отразиться на залогѣ. Кредиторъ могъ требовать всего, что онъ хотѣлъ, потому что онъ былъ хозяиномъ положенія. Онъ могъ изощрять свою изобрѣтательность какими угодно гарантіями: нужда въ деньгахъ заставляла должника на все соглашаться. Къ этому присоединялась узость права, порожденная узостью экономическихъ отношеній. Право замыкалось въ немногія опредѣленныя формы, соотвѣтствовавшія немногочисленнымъ формамъ быта. Въ этихъ формъ ни одно притязаніе не пользовалось юридической защитой¹⁾. Изъ этихъ двухъ факторовъ—подавляющей экономической власти кредиторовъ и узкаго формализма въ правѣ—выросла *fiducia*, эта чудовищная форма залога, представлявшая одной сторонѣ больше правъ, чѣмъ купля-продажа, и не дававшая другой сторонѣ никакихъ серьезныхъ гарантій противъ злоупотребленія столь обширными правами.

Не то было въ германскомъ правѣ. Въ ту эпоху, къ которой относится осѣдлость германцевъ, ихъ экономическія отношенія оказываются гораздо сложнѣе описаннаго типа. Большинство германскихъ племенъ, вступивъ съ великимъ переселеніемъ народовъ на территорию римской имперіи, застало здѣсь уже сложившійся и весьма развитой хозяйственный бытъ. Обширная торговля, большіе и богатые города, торговыя связи, охватывавшія весь бассейнъ Средиземнаго мо-

¹⁾ О формализмѣ въ римскомъ правѣ и его значеніи см. Ihering, *Geist des röm. Rechtes*, В. II, 2-te Abth., VIII (S. 470—674); Муромцевъ, *Гражд. право древняго Рима*, стр. 140—168.

ря—все это мало походить на тѣ первобытныя условія натурального хозяйства, въ которыхъ складывались зачатки римскаго залогового права. Въ эпоху великаго переселенія римская жизнь уже давно переросла fiducia, даже pignus и перешла къ ипотекѣ. Попадъ въ такія экономическія условія, германцы, естественно, должны были испытать хоть отчасти ихъ вліяніе. Мы видѣли выше, что въ лангобардскомъ правѣ одновременно и параллельно съ залогомъ въ формѣ *ältere Satzung* развивалась и *neuere* ¹⁾; да и сама *ältere Satzung* по правомочіямъ, которыя она предоставляла кредиторамъ, далека отъ римской fiducia (хотя грубый юридическій языкъ лангобардовъ и называетъ ее тѣмъ же именемъ) ²⁾. Въ коренныхъ германскихъ областяхъ, по ту сторону Рейна и Дуная, экономическое вліяніе античнаго міра должно было сказаться меньше, хотя и тутъ его носителями были рейнскіе и дунайскіе города. Но здѣсь позже появилась осѣдлость, со времени которой только и могъ начаться залогъ недвижимости. Въ эпоху, непосредственно предшествовавшую Карлу Великому, самое значительное изъ германскихъ племенъ въ старыхъ областяхъ, саксы, еще не сидѣло прочно на мѣстѣ; ³⁾ лишь въ 12-мъ и 13-мъ вѣкахъ нѣмцы утвердились на берегахъ Балтійскаго моря ⁴⁾. А въ это время экономическая жизнь Германіи уже была далека отъ первобытной простоты. Бюхеръ довольно справедливо характеризуетъ средніе вѣка, какъ эпоху замкнутаго городского хозяйства ⁵⁾. Въ феодальныхъ помѣстьяхъ хозяйство еще велось по натуральному типу ⁶⁾; но они имѣли центръ экономическаго

1) См. выше, стр. 139.

2) См. выше, стр. 134.

3) Bolze, Die Sachsen vor Karl d. Grossen.

4) „Ист. Человѣчества“ подъ ред. проф. Гельмольта, т. VI, стр. 15.

5) Бюхеръ, I. с., стр. 104—120.

6) *Ibidem*, стр. 94 слл.

тяготѣнія, нѣчто вродѣ тѣснаго, замкнутаго рынка—городъ, который они снабжали своими излишками и откуда получали цѣлый рядъ предметовъ, не произведенныхъ въ своемъ хозяйствѣ. Процессъ образованія такихъ рынковъ, хотя мѣстныхъ, но, тѣмъ не менѣе, имѣвшихъ важное значеніе для экономической жизни, начался очень рано. Еще отъ первой половины среднихъ вѣковъ сохранились преданія о богатыхъ торговыхъ городахъ на Балтійскомъ морѣ. Осторожная критика современныхъ изслѣдователей, относясь скептически къ сагамъ о Юмбургѣ, Винетѣ и другихъ большихъ торговыхъ центрахъ балтійскаго славянства, вмѣстѣ съ тѣмъ, устанавливаетъ съ несомнѣнностью фактъ значительнаго славянскаго мореходства на Балтійскомъ морѣ въ 11-мъ и 12-мъ вѣкахъ¹⁾. Еще до утвержденія нѣмцевъ въ этихъ мѣстностяхъ (въ 1168 г.) датчане разрушили Аркону на Рюгенѣ, центръ обширнаго пиратства²⁾; слѣдовательно, въ это время здѣсь уже должны были ходить многочисленные торговые корабли. Къ 12-му вѣку относится такое выдающееся явленіе германской экономической исторіи, какъ развитіе Любекской торговли³⁾. Мы видѣли выше, что города развили залогъ безъ передачи владѣнія кредитору. Въ сельскихъ имѣніяхъ сравнительная экономическая отсталость и феодальныя отношенія поддерживали другую форму; но и здѣсь вліяніе города не могло не сказаться. Во 1-хъ, оно сказывалось нѣскольکو меньшей экономической властью кредиторовъ надъ должниками; во 2-хъ, едва ли не слѣдуетъ приписать болѣе развитой экономической жизни то слѣдствіе, что германское право никогда не замыкалось въ такой крайній формализмъ, какой царилъ въ римскомъ на первыхъ стадіяхъ его развитія. Въ результатъ этихъ факторовъ развилась не римская *fiducia*, а другая сдѣл-

¹⁾ См. у проф. Вейле въ „Ист. Человѣч.“ т. VI, гл. I, § 5 Б.

²⁾ Wendler, Geschichte Rügens.

³⁾ „Исторія Человѣчества“, т. VI, стр. 15.

ка, скорѣе напоминающая *ripnas*, т. е. ту форму, къ которой пришли сами римляне на слѣдующей стадіи экономическаго и юридическаго развитія.

Еще болѣе благоприятныя экономическія условія были въ древней Руси. Здѣсь проходилъ великій водный путь „изъ варягъ въ греки“. Въ 9-мъ, 10-мъ и даже 11-мъ вѣкахъ, когда сообщеніе съ Чернымъ моремъ еще не было отрѣзано ордами кочевниковъ, этотъ водный путь былъ однимъ изъ важнѣйшихъ путей европейской торговли ¹⁾. И неудивительно, что въ древней Руси торговля появляется очень рано ²⁾. Въ 911 г. мы уже застаемъ въ договорѣ Олега съ греками рядъ постановленій, свидѣтельствующихъ о существованіи русской торговли въ Константинополѣ; еще въ 865 г. Русь производитъ нападеніе на Царьградъ изъ за нарушенія греками торговыхъ договоровъ и избіенія русскихъ купцовъ ³⁾. Среди пословъ Игоря въ 945 году мы встрѣчаемъ цѣлый рядъ купцовъ ⁴⁾. Ибнъ-Фодланъ, посѣтившій въ 922 году Болгарское царство, называетъ среди торгующихъ тамъ народовъ славянъ и руссовъ ⁵⁾. Въ 969 году Святославъ говоритъ о Переяславѣ Болгарскомъ, что туда привозятся изъ Руси мѣха,

¹⁾ Соловьевъ, Ист. Р. съ древн. врем., т. I.

²⁾ Выше (стр. 11—12) былъ высказанъ взглядъ, что еще въ эпоху пространной Правды хозяйство на Руси было преимущественно натуральнымъ. Этому не противорѣчитъ раннее развитіе торговли. Какъ извѣстно, значеніе воднаго пути сводилось главнымъ образомъ къ торговлѣ съ иностранцами, торговлѣ внѣшней, а не къ внутреннему обмѣну между производителемъ и потребителемъ. Между тѣмъ, внѣшняя торговля появляется, какъ доказываютъ новѣйшія экономическія изслѣдованія, еще въ періодѣ господства натурального хозяйства внутри страны. Ср. выше, стр. 11, прим. 1.

³⁾ Иловайскій, Исторія Россіи, т. I.

⁴⁾ См. вступительную часть договора въ Хрестоматіи I, стр. 15.

⁵⁾ Гаркави, Сказанія мусульманскихъ писателей о славянахъ и руссахъ съ половины VII до конца X вѣка.

воскъ, медь и рабы¹⁾). Это раннее развитіе торговли, несомнѣнно, должно было способствовать раннему возникновенію городского быта. Еще въ 10-мъ вѣкѣ Пѣнь-Даста сообщаетъ, что у славянъ существуютъ многочисленные и обширные города²⁾). Наша первоначальная лѣтопись, повидимому, застаётъ города, какъ явленіе уже очень давнее, потому что она связываетъ ихъ съ такимъ давнимъ событіемъ, какъ расселеніе племенъ. Въ 911 году Олегъ беретъ съ грековъ дань на русскіе города Кіевъ, Черниговъ, Переяславль, Полоцкъ, Ростовъ, Любечъ „и другіе города“; Великій Новгородъ былъ значительнымъ городомъ еще во время призванія варяговъ. Торговое значеніе Новгорода и Кіева въ первые вѣка русской исторіи не подлежитъ сомнѣнію и единогласно констатируется изслѣдователями.

Все это не могло не вызвать сравнительно ранняго развитія кредитныхъ отношеній. Мы видѣли выше, что о торговомъ кредитѣ знаетъ пространная Правда³⁾). Мы встрѣчаемъ его также въ 10-ой статьѣ договора Смоленскаго князя Мстислава съ Рюгою отъ 1229 г.⁴⁾; о кредитѣ же, но не специально торговомъ, говоритъ 12-я статья того-же договора⁵⁾, 10-я статья мирной грамоты новгородцевъ съ нѣмцами отъ 1195 года⁶⁾, статьи 44, 47, 133 пространной Правды⁷⁾ и даже статья 14-я краткой Правды⁸⁾). Въ этихъ же статьяхъ о кредитѣ мы находимъ и первыя законодательныя постановленія о мѣрахъ взысканія.

1) См. первоначальную лѣтопись подъ 969 г.

2) Гаркави, *lib. cit.*

3) Карамзинскій списокъ, ст. 68, 69 и 128; см. выше, стр. примѣч.

4) Хрестоматія М. Ф. Владимірскаго Буданова, вып. I, стр. 110.

5) *Ibidem*, стр. 111.

6) *Ibidem*, стр. 104.

7) *Ibidem*, стр. 58, 59 и 90.

8) *Ibidem*, стр. 32.

Едва ли можно предполагать, чтобы раннее развитие специально торгового кредита оставалось безвлияніем на формы, въ которыхъ возникало залоговое право. Залогъ по существу своему тѣсно связанъ съ организаціей кредита. Въ частности характеръ кредита — производительный или потребительный — имѣеть для залога громадное значеніе. Тамъ, гдѣ господствуетъ кредитъ потребительный, цѣнности, отдаваемыя въ долгъ подъ залогъ, предназначены, по общему правилу, къ уничтоженію. Выкупъ заложенного объекта долженъ быть произведенъ изъ какихъ либо другихъ источниковъ. Само собою понятно, что такое положеніе, нарушая равновѣсіе въ хозяйствѣ должника, значительно повышаетъ вѣроятность, что залогъ останется кредитору за долгъ. Отсюда легко возникаетъ взглядъ на залогъ, какъ на вѣроятное отчужденіе. Должникъ, отдавая вещь въ залогъ, уже мысленно прощается съ нею; выкупъ разсматривается, какъ возвращеніе уже потеряннаго. Это создаетъ психологическую почву для обширныхъ правомочій залогодержателя; экономическую основу для такихъ правомочій составляетъ, какъ мы уже видѣли, его господствующее положеніе по отношенію къ должнику.

Въ иныхъ условіяхъ находится залогъ при кредитѣ производительномъ (промышленномъ и торговомъ). Здѣсь должникъ занимаетъ не изъ нужды, а ради той пользы, которую онъ надѣется извлечь изъ занятыхъ денегъ въ производствѣ или въ оборотѣ. Поэтому, онъ, само собою разумѣется, совершенно не вынужденъ соглашаться на тѣ условія, какія предпишетъ кредиторъ, и, во всякомъ случаѣ, при нормальныхъ обстоятельствахъ, онъ не согласится на такія условія, обременительность которыхъ не окупается ожидаемой выгодой. Сама отдача денегъ въ кредитъ, превращаясь при кредитѣ производительномъ въ самостоятельное дѣло, соотвѣтствуетъ условіямъ правильнаго хозяйственнаго обмѣна: она регулируется такъ, чтобы она могла сама

по себѣ, независимо отъ какихъ либо дополненій, служить къ обоюдной выгодѣ сторонъ. Съ другой стороны, цѣнности, предоставленныя въ заемъ, не поглощаются потребленіемъ, а, наоборотъ, возвращаются въ руки должника по окончаніи оборота. Поэтому, исходнымъ предположеніемъ является здѣсь то, что долгъ будетъ аккуратно уплаченъ въ срокъ. Если кредитная сдѣлка осложняется залогомъ, то должникъ вовсе не склоненъ смотрѣть на заложенный предметъ, какъ на утраченный, а, наоборотъ, до послѣдней минуты будетъ считать его своимъ. Залогъ выступаетъ здѣсь въ качествѣ гарантіи, „поручки“ по должникъ. Роль залога начинается тогда, когда неисполненіе обязательства уже наступило; но это неисполненіе ни въ коемъ случаѣ не можетъ презумироваться. Такимъ образомъ, здѣсь нѣтъ ни экономическихъ, ни психологическихъ основаній для предоставленія залоговому кредитору исключительныхъ правъ по отношенію къ заложенному объекту.

Мы видѣли выше, что у насъ въ Россіи первые слѣды залога появляются на сѣверо-западѣ, въ области большихъ торговыхъ центровъ, Новгорода и Пскова¹⁾. Условія производительнаго, именно, торговаго кредита должны были сказаться здѣсь съ чрезвычайной силой. И дѣйствительно, Псковская Судная Грамота и акты новгородскихъ областей, какъ уже было изложено²⁾, даютъ большія основанія разсматривать поручительную форму залога, какъ древнѣйшую на Руси. Въ одномъ актѣ изъ новгородскихъ колоній съ особенной силой сказалась связь тѣхъ или иныхъ условій при залогѣ съ производительнымъ или потребительнымъ характеромъ кредита. Этотъ актъ — первая по времени изъ дошедшихъ до насъ закладныхъ³⁾. Заключается кре-

¹⁾ Этотъ фактъ отмѣченъ Шершеневичемъ въ его Учебникѣ Русскаго Гражданскаго Права.

²⁾ См. выше, стр. 16—25.

³⁾ А. отн. до Юр. Б. 126, I.

дитная сдѣлка на 13 лѣтъ съ предоставленіемъ въ залогъ и отдачей въ пользованіе кредитора земельного участка. Но въ обладаніи заемщиковъ находится соляной ключъ — и вотъ, постановляется условіе, что кредиторъ долженъ помочь имъ въ устройствѣ варницы, и, если „дать Богъ, будетъ соль“, то онъ немедленно получаетъ назадъ половину своихъ денегъ (и возвращаетъ половину земли). Для другой половины срокъ сокращается до 10 лѣтъ, и самое отношеніе въ этой второй половинѣ изъ заемнаго превращается въ отношеніе товарищества. Здѣсь судьба заложеннаго имущества ставится въ прямую связь съ тѣмъ назначеніемъ, производительнымъ или потребительнымъ, которое получать занятія деньги.

Однако, эта сдѣлка, какъ мы видѣли выше, относится уже къ тому времени, когда развившійся институтъ залога требовалъ болѣе интенсивныхъ гарантій для кредиторовъ. Цѣлый рядъ условій, какъ въ области права, такъ и въ области хозяйственной жизни, способствовалъ тому, что мало-по-малу выработалась довольно распространенная практика передачи имущества въ руки залогодержателя ¹⁾. Мы говоримъ: довольно распространенная, потому что на всемъ протяженіи исторіи нашего залога встрѣчается значительное количество сдѣлокъ, гдѣ имущество оставалось въ рукахъ должника. У насъ не было феодальнаго строя, который на западѣ оттѣснилъ въ города залогъ безъ передачи владѣнія ²⁾. Не только въ 15-мъ и 16-мъ вѣкахъ,

¹⁾ См. выше, стр. 52—63.

²⁾ Въ недавнее время группа ученыхъ пыталась доказать, что феодализмъ на Руси существовалъ (см. особенно книгу Павлова-Сильванскаго: „Феодальныя отношенія въ удѣльной Руси“). Однако, едва ли можно считать эту попытку удавшейся. Доказать существованіе на Руси феодальнаго строя въ цѣломъ оказалось невозможнымъ. Единственное, съ чѣмъ нужно согласиться, это, какъ осторожно выражается проф. Ковалевскій (Соціологія, т. XI, стр. 47), что нѣкоторые стороны феодальныхъ отношеній были извѣстны и у насъ.

но даже въ 17-мъ эта форма продолжаетъ существовать во всемъ государствѣ. Мы видѣли выше, что новое условіе о переходѣ къ кредитору права собственности въ случаѣ просрочки, вызванное къ жизни общимъ экономическомъ кризисомъ въ концѣ 16-го и началѣ 17-го вѣка, не измѣнило поручительной сущности этого залога и было въ примѣненіи къ нему лишь представленіемъ кредитору болѣе строгой мѣры взысканія. Но параллельно съ этой формой въ 17-мъ вѣкѣ существовала (первоначально, быть можетъ, даже господствовала) другая, при которой имущество еще до срока предоставлялось во владѣніе и пользованіе залогодержателю. Условіе о присвоеніи вещи въ силу просрочки должно было сыграть совершенно иную роль по отношенію къ этой формѣ залога. Для кредитора создавалась значительная вѣроятность прочной связи съ заложенымъ ему объектомъ—и это не могло не отразиться на характерѣ его владѣнія до срока. Кредиторъ еще до срока имѣлъ основаніе „прочитать тѣ вотчины себѣ“¹⁾. Еслибы это явленіе происходило въ 13-мъ или 14-мъ вѣкѣ, мы бы, вѣроятно, должны были признать здѣсь полное обладаніе вещью со стороны кредитора, ограниченное только правомъ должника выкупить ее въ опредѣленный моментъ; но едва ли можно признать такую концепцію правильной для 17-го вѣка. Развитое юридическое сознаніе того времени не приписывало кредитору подобныхъ правъ. Въ юридическомъ сознаніи уже играло извѣстную роль абстрактное понятіе о правѣ собственности; а право собственности, безспорно, оставалось въ рукахъ должника. Мы имѣемъ въ актахъ цѣлый рядъ случаевъ, гдѣ стороны называютъ „своей вотчиной“ имущество, находящееся въ залогѣ у другихъ лицъ. Въ мѣнновной князя Шелеспальскаго²⁾, на которую такъ сильно ссылался Мей-

¹⁾ См. выше, стр. 121.

²⁾ А. Ю. 106.

ерь, залогодержатель съ согласія „вотчичей“ произвести полюбовную разверстку земли съ ихъ родственникомъ и совладѣльцемъ; но за этой сдѣлкой, тѣмъ не менѣе, не признается юридической силы: если одна изъ сторонъ попадетъ въ опалу, то конфискаціи въ общемъ составѣ ея имѣній подлежатъ не тѣ земли, которыя она получила при мѣнѣ, а тѣ, которыя она отдала. Очевидно, даже признанное „вотчичами“ распоряженіе имуществомъ со стороны залогодержателя оставалось неправомѣрнымъ. Обычная формула о присвоеніи вещи кредиторомъ въ случаѣ просрочки гласить: „а не будутъ денги на срокъ, ино ся закладная и купчая (или и крепость) въ прокъ безъ выкупу; и вольно ему послѣ сроку тою нашею вотчиною самому владѣть, и продать и заложить“¹⁾. Такимъ образомъ, лишь послѣ срока, когда закладная превращалась въ купчую, кредиторъ получаетъ самостоятельное право „самому владѣть, и продать и заложить“; до срока его право производное и существуетъ лишь въ тѣхъ размѣрахъ, въ какихъ оно установлено залоговой сдѣлкой. То же явленіе можно найти рѣзко выраженнымъ въ западно-русскихъ закладныхъ²⁾. Здѣсь кредитору предоставляется самое неограниченное заставное³⁾ владѣніе; и, наряду съ этимъ, оговаривается, что въ случаѣ спора о границахъ или какой нибудь „несправедливости“ со стороны сосѣдей заставный владѣлецъ *обязанъ* извѣстить залогодателей, „и мы, какъ собственники, будемъ защищать наше имѣніе“. Во всѣхъ этихъ случаяхъ, несомнѣнно, право собственности сохранялѣ

¹⁾ Ср., напр. А. отн. до Юр. Б. 126, XVI, XVIII; Ак. Федотова-Чеховскаго 128; особенно же закладную Базанова (Вотчинный режимъ въ Россіи, стр. 35—6, примѣч. 77). Еще болѣе общепотребительной является краткая форма: „а не будутъ денги на срокъ, ино ся закладная и купчая“.

²⁾ Напр., въ неоднократно цитированной закладной изъ Памятниковъ, изд. врем. комиссіей для разбора древн. актовъ, отд. II, № 8.

³⁾ Залоговое.

залогодатель. Что правосознание усматривало въ этомъ не Anfall, а реальную, неразрывную юридическую связь съ имуществомъ—это мы видимъ изъ духовныхъ, гдѣ завѣщатели часто „благословляютъ“ наслѣдниковъ такими имуществами, которыя находятся въ залогѣ у третьихъ лицъ¹⁾. Въ одной челобитной 1627 года²⁾ тяглые люди жалуются, что ихъ товарищи по тяглу путемъ залога продаютъ, вопреки закону, свои дворы и мѣста бѣломѣстцамъ; „бѣломѣстцы, которые купятъ, емлютъ у тяглыхъ людей, съ ними по стачкѣ, закладные кабалы въ купчихъ мѣсто въ великихъ денгахъ, и тѣ дворы и мѣста тяглые по закладнымъ кабаламъ просрочиваютъ, и послѣ сроковъ тяглые мѣста хотятъ обѣливать“. Такимъ образомъ, дворъ, находившійся въ залоговомъ обладаніи бѣломѣстца, еще не считался принадлежащимъ ему и не обѣливался; обѣленіе могло произойти лишь послѣ срока, когда закладная становилась „въ купчей мѣсто“.

Приведенные памятники позволяютъ думать, что въ русскомъ правѣ залогъ съ передачей владѣнія и въ 17-мъ вѣкѣ не отождествлялся съ отчужденіемъ, хотя бы даже осложненнымъ правомъ обратнаго выкупа. Однако, несомнѣнно, что описанная форма залога часто служила средствомъ къ отчужденію на практикѣ. Техника подобнаго отчужденія черезъ залогъ описана подробно въ только что цитированной челобитной тяг-

¹⁾ Ак. Федотова-Чеховскаго 122. Повидимому, такой же случай имѣлъ мѣсто въ завѣщаніи въ А. Ю. 414, гдѣ завѣщатель пишетъ: „Да благословляю сына своего Матвѣея и съ матерью въ Нуховскомъ езу двѣма участки, дати ми Подосенку Троянову 8 алтынъ“, помѣщая этотъ долгъ не въ числѣ прочихъ, а при перечисленіи имущества. См., однако, Дювернуа. Источники права и судъ въ древней Руси, стр. 148, полагающаго, что „мы нигдѣ не увидимъ, чтобы завѣщатель долги свои ставилъ въ связь именно съ опредѣленнымъ имуществомъ“.

²⁾ Указная Книга Земскаго Приказа VII; см. Хрестоматію М. Ѡ. Владимірскаго Буданова, III, стр. 130—132.

лыхъ людей. Выдавалась закладная кабала „въ великихъ денгахъ“—настолько великихъ, что выкупъ становился фактически невозможнымъ ¹⁾; въ кабаль писалось условіе: „не будутъ денги на срокъ, и ся кабала и въ купчіе мѣсто“; уплаты, конечно, не происходило, и тогда имущество справлялось за залогодержателемъ. Такимъ путемъ, повидимому, обходились три важныхъ ограниченія московскаго законодательства: родовой выкупъ, запретъ служилымъ приобрѣтать тяглые дворы и мѣста и, наконецъ, запретъ монастырямъ приобрѣтать земли покупкой. Попытаемся прослѣдить эти обходы въ тѣхъ актахъ залога, которыми мы располагаемъ.

Въ этомъ смыслѣ намъ придется остановиться прежде всего на довольно извѣстной закладной Улфова князю Щетинину отъ 1648 года ²⁾. Закладная совершена въ суммѣ 500 руб. Въ ней подробно перечисляется весь составъ имѣнія и всѣ крестьяне, къ нему принадлежащіе. Въ случаѣ, если кого либо изъ поименованныхъ крестьянъ не окажется „въ лицѣхъ“, залогодатель обязывается вернуть кредитору по 50 рублей за голову, а договоръ остается въ силѣ. Это условіе наводитъ на нѣкоторое сомнѣнье. Крестьянъ въ закладной перечислено нѣсколько десятковъ. Если бы ихъ всѣхъ или хотя бы значительной части не оказалось „въ лицѣхъ“, залогодателю пришлось бы вернуть сумму, далеко превышающую долгъ. Отсюда вытекаетъ, что возвращеніе 50-ти рублей за голову не есть соразмѣрное умаленіе долга вслѣдствіе умаленія заложенаго объекта: это неустойка, которой здѣсь, казалось бы, совѣмъ не мѣсто. Неустоечный характеръ этой уплаты явствуетъ еще изъ полнаго отсутствія опредѣленія о соотвѣтственномъ уменьшеніи капиталъ-

¹⁾ Ср. другую челобитную въ той же Указной Книгѣ № XXIII; Хрестоматія Владимірскаго Буданова III, стр. 153—5.

²⁾ А. отн. до Юр. В., 126, VII.

ной суммы при выкупѣ; наоборотъ, договоръ остается въ полной силѣ, а 50 рублей уплачиваются какъ бы внѣ его. Очевидно, отсутствіе кого либо изъ перечисленныхъ крестьянъ разсматривается здѣсь не какъ уменьшеніе обезпеченія кредитора, влекущее соответственное уменьшеніе долга, а какъ нарушеніе какихъ то самостоятельныхъ правъ и интересовъ залогодержателя, караемое неустойкой.

Сомнѣнія легко разъяснятся, если мы заглянемъ въ другой отдѣлъ А. до Юр. Б. отн.—въ отдѣлъ мировыхъ. Здѣсь мы найдемъ мировую между княземъ Щетининымъ и братьями залогодателя Улфова 1). Изъ этой мировой выясняется, что Улфовы ходатайствовали о выкупѣ „по четвертямъ“ 2) своей родовой вотчины, заложеной ихъ братомъ Щетинину въ суммѣ, несообразной съ ея цѣнностью. Должно быть, ихъ ходатайство имѣло успѣхъ, потому что князь Щетининъ поспѣшилъ вернуть имъ вотчину миромъ съ тѣмъ условіемъ, чтобы они мимо его этой вотчины не отчуждали, за весьма небольшую сумму (повидимому, 150 р.) 3). Такимъ образомъ, приходится думать, что цѣлью залога въ дѣйствительности было отчужденіе. Производилось же оно въ такомъ видѣ для того, чтобы удобнѣе замаскировать обходъ родового быта. Стороны старались воспрепятствовать выкупу со стороны родичей, назначая въ актѣ непомерно высокую цѣну за имѣніе, а для того, чтобы эта цѣна меньше наводила на мысль о фиктивности и объ обходѣ закона, называли актъ не купчей, а закладной.

Всматриваясь внимательно въ разбираемую закладную, мы найдемъ въ ней самой несомнѣнные признаки фиктивности. Прежде всего, въ закладной оговорено,

1) А. отн. до Юр. Б. 155, VI.

2) По правительственной оцѣнкѣ.

3) Это можно заключить изъ того, что въ случаѣ дальнѣйшей передачи или залога имѣнія со стороны Улфовыхъ они обязаны доплатить князю Щетинину еще 350 руб.

что въ Помѣстномъ Приказѣ и писцовыхъ книгахъ вотчина должна быть немедленно справлена за залогодержателемъ. Этого условія мы никогда не встрѣчаемъ въ случаяхъ дѣйствительнаго залога. И въ актахъ, и въ московскомъ законодательствѣ мы постоянно находимъ принципъ, что заложенное имущество справляется за залогодержателемъ лишь послѣ просрочки. 1). Принципъ этотъ очень важенъ, потому что справка означала ни болѣе, ни менѣе, какъ переходъ права собственности. 2). Разъ вотчина должна быть справлена за княземъ Щетининымъ еще до просрочки, то отсюда слѣдуетъ, что стороны при самомъ совершеніи залога намѣревались произвести полное, безповоротное отчужденіе. Очевидно, такъ смотрѣла на эту сдѣлку и власть, которая при самомъ ея совершеніи взыскала крѣпостныя пошлины.

Второе, не менѣе убѣдительное, доказательство фиктивности закладной—это срокъ, на который она совершена. Закладная на обширное имѣніе съ десятками крестьянъ, обеспечивавшая весьма значительную по тому времени заемную сдѣлку въ 500 рублей, совершается срокомъ на 24 дня—съ 1-го марта по 25-е. Едва ли можно себя представить, чтобы такой срокъ былъ назначенъ серьезно; единственное возможное предположеніе то, что срокъ назначался только для вида, какъ необходимый атрибутъ залоговой сдѣлки, и стороны сами какъ-бы спѣшили съ просрочкой. Мы увидимъ дальше, что этотъ вопросъ о срокѣ имѣетъ громадное значеніе: благодаря ему удается распознать цѣлый рядъ фиктивныхъ закладныхъ.

Такъ, напримѣръ, въ А. отн. до Юр. В. въ дѣлѣхъ подъ № 92 приведена закладная, совершенная 11 апрѣля 1646 года срокомъ по Николинъ день вешній (9-го мая) того же года. По условію, заключающемуся въ заклад-

1) См. А. отн. до Юр. В. 92, 95, 60 II, закладную Базанова; изъ законодательныхъ памятниковъ ср., напр., Уложеніе царя Алексѣя Михайловича, гл. 17-я, ст. 33.

2) См. Базановъ, Вотчинный режимъ въ Россіи, стр. 27.

ной, залогодателя обязаны въ случаѣ просрочки содѣйствовать справкѣ вотчины за залогодержателемъ; „а буде мы... тое свою закладную вотчину послѣ сроку... за нимъ Ивановъ не запишемъ,... и ему Ивану взять на насъ по сей закладной тѣ свои взятые денги сто рублевъ“. Этимъ условіемъ стороны сами выдаютъ, что показанная сумма превышаетъ дѣйствительную. Въ самомъ дѣлѣ, иначе для кредитора не имѣло бы никакой привлекательности право замѣнить при недобросовѣстности должниковъ присвоеніе вещи личнымъ взысканіемъ; во всякомъ случаѣ, такое право совершенно не представляло бы гарантіи противъ злоупотребленій должниковъ: личное взысканіе, наступающее тогда, дало бы только кредитору возможность поставить ихъ на правезъ, но вернуть свои денги правезомъ ему было бы гораздо труднѣе, нежели добиться судебнымъ путемъ записи вотчины за собою. Очевидно, сумма въ сто рублей превышала дѣйствительно уплаченные деньги, и потому кредиторъ выговаривалъ себѣ право при недобросовѣстности взыскать съ должниковъ эту сумму. Стороны писали ее, вѣроятно, въ обходъ родового выкупа, и такъ же, какъ въ предыдущей закладной, спѣшили съ просрочкой.

По всей вѣроятности, къ обходу родового выкупа служило также часто помѣщаемое въ закладныхъ условіе, что въ случаѣ выкупа — самимъ ли залогодателемъ или его родственниками — „имъ взять на насъ и на томъ выкупшике... за лесную рощищу и за распашку... и за всякое вотчинное строеніе... по своей сказке“¹⁾. По крайней мѣрѣ, это условіе навлекло на себя преслѣдованіе со стороны законодателя. Статья 28-ая главы 17-ой Уложенія постановляетъ, что за „прибылое вотчинное строеніе“ должно уплачиваться при родовомъ выкупѣ вознагражденіе по таксѣ; въ случаѣ же, если въ актѣ окажется условіе „по ихъ сказке взять“,

¹⁾ Закладная, приведенная у Базанова (Вотч. реж. въ Р., стр. 35, прим. 77); см. выше, стр. 122.

приобрѣтатель лишается права даже на законное вознагражденіе. Это доказываетъ съ несомнѣнностью, что въ приведенномъ условіи законодатель видѣлъ мѣру, направленную *in fraudem legis*. Въ одной закладной 1698 года¹⁾ стороны сами наводятъ на эту мысль слѣдующимъ постановленіемъ: „А будетъ кто станетъ бить челомъ о той вотчинѣ на выкупъ, и ему Василью (залогодержателю) взять тѣ свои денги вдвое, а за роспашку и за лѣсную росчиску убытки по его Васильевѣ сказкѣ“.

Сохранились также указанія на залоговыя сдѣлки, маскировавшія переходъ тяглыхъ дворовъ къ бѣломѣстцамъ. Намъ уже приходилось встрѣчаться съ тѣми слезными челобитными, съ которыми тяглые люди обращались по этому поводу къ царю. Законодатель не остался глухъ къ ихъ мольбамъ и принялъ мѣры, которыя закончились въ 1634 году запрещеніемъ закладывать служилымъ тяглые дворы²⁾; однако, и послѣ этого запрещенія мы продолжаемъ встрѣчать подобныя фиктивные залого. Такъ, въ 1682 году тяглыя дворовыя мѣста, приобретенныя путемъ просрочки служилыми людьми, закладываются опять служилымъ же³⁾; при этомъ залогъ въ суммѣ 200 рублей совершается срокомъ на 24 дня — съ 13 декабря по 6-е января — изъ коихъ добрая половина еще приходится на праздники⁴⁾.

¹⁾ А. отн. до Юр. Б. 126, XVIII.

²⁾ Указная книга Земскаго Приказа XXIII; см. Хрестоматія III, стр. 153—5.

³⁾ А. отн. до Юр. Б. 126, XIV.

⁴⁾ Нужно замѣтить, что залоговъ въ обходъ правъ однообщиниковъ встрѣчаются еще въ 16 вѣкѣ относительно черныхъ волостныхъ земель. Такъ, у Федотова-Чеховскаго въ дѣлѣ № 65 приведены двѣ закладныя, совершенныя обѣ въ одинъ моментъ — на Рождество 7027 (1518) года — двумя владѣльцами частей „волостные Шикшемы“ одному залогодержателю: одна на срокъ до Крещенія, а другая до Срѣтенія. При этомъ въ обѣихъ постановляется, что послѣ срока „ся кабала посильная безъ выкупу“. Какъ относились къ этимъ сдѣлкамъ сами стороны, видно изъ того, что въ обѣихъ говорится: „А послухи въ *посилной*... (такіе то); а *посилную* писалъ... (такой то)“.

Наконецъ, встрѣчаются памятники, гдѣ земля фиктивно закладывается монастырю въ обходъ запрещенія монастырямъ приобретать земли покупкой. Что монастыри, вообще, пользовались этимъ средствомъ, и пользовались даже не совсѣмъ умѣренно—это можно видѣть изъ Уложенія царя Алексѣя Михайловича, которое дополнило прежнюю норму, запрещавшую монастырямъ покупку земли, новымъ запрещеніемъ принимать земли въ залогъ¹⁾. Къ этому разряду фиктивныхъ закладныхъ, повидимому, нужно отнести закладную въ А. Ю. 254, о сомнительномъ характерѣ которой намъ уже приходилось говорить выше²⁾. Залогъ совершенъ въ суммѣ 200 рублей въ 1628 году (точнѣе моментъ не указанъ) срокомъ на 1-е марта *того же года*; такимъ образомъ, срокъ менѣе 2-хъ мѣсяцевъ. Всѣ грамоты по имуществу при самомъ совершеніи закладной выданы монастырю. Но самое характерное—это разрѣшеніе монастырю, въ случаѣ выкупа, вывести крестьянъ „въ иную Троицкую вотчину“. Этимъ условіемъ монастырь получалъ право въ случаѣ выкупа совершенно обезцѣнить выкупаемое имущество; а между тѣмъ, онъ, согласно договору, не только долженъ былъ получить при выкупѣ полную сумму 200 рублей, но еще могъ требовать „за земляную роспашку и за покосную рощистку..... по своей сказкѣ“. Ясно, что этотъ залогъ представлялъ въ дѣйствительности безповоротное отчужденіе. Болѣе откровенно признанъ такой характеръ сдѣлки въ Верхотурской закладной 1668 года³⁾, гдѣ залогъ монастырю совершается „безвыкупно и безотвортно“, и залогодатель обѣщаетъ „впредь... въ тѣ рыбные ловли, въ озеро и въ рѣчку, не вступатца никоторыми мѣрами“.

1) Уложеніе, гл. 17, ст. 42.

2) См. выше, стр. 75.

3) А. отн. до Юр. Б. 126, IX.

Въ этомъ послѣднемъ актѣ мы уже видимъ не-
сомнѣнное искаженіе понятія о залогѣ. Залогъ, совер-
шенный „безвыкупно и безотвратно“, уже не только
по цѣли, но даже по формѣ перестаетъ быть залогомъ
и становится прямымъ отчужденіемъ. Описываемый
типъ залога съ передачей владѣнія кредитору и съ
условіемъ о переходѣ къ нему же права собствен-
ности послѣ просрочки терялъ точныя очертанія и на-
чиналъ сливаться съ другими сдѣлками, къ маскиро-
ванію которыхъ онъ сплошь и рядомъ служилъ. Яркій
примѣръ этого сліянія мы видимъ въ одной закладной
1678 года ¹⁾, гдѣ даже терминологія теряетъ уже яс-
ный характеръ: одинъ изъ контрагентовъ „занялъ“ у
другого деньги, „а за тѣ денги *далъ*... ему.... на рѣчкѣ
Кулынкѣ подъ мелнишную поставку мѣсто“. Мнимый
залоговой характеръ этой сдѣлки выраженъ только въ
словахъ „занялъ есмь“ и въ часто повторяющемся на-
званіи обязавшагося лица „заимщикомъ“. Въ дѣйстви-
тельности это не залогъ, потому что „заимщикъ“ дол-
женъ платить неустойку, если будетъ „то мелнишное
мѣсто которыми мѣрами у него Микифора отымать“; это
даже не купля-продажа, потому что не продается опредѣ-
ленного участка, а предоставляется „поставить ему
мельницу на той рѣчкѣ, *идь буде годно*“. Стороны сами
не знали, какъ квалифицировать сдѣлку (въ одномъ
мѣстѣ онѣ называютъ ее просто „записью“); и са-
мымъ простымъ казалось отнести ее къ той груп-
пѣ, которая и такъ уже представляла достаточно пест-
рый аггломератъ различныхъ отчуждательныхъ и полу-
отчуждательныхъ соглашеній, къ залогу. Залогъ съ
передачей владѣнія медленно, но вѣрно терялъ свои
функции обезпечительной сдѣлки, и самое понятіе объ
этомъ залогѣ утрачивало опредѣленныя границы. Сна-
чала имъ пользовались на практикѣ для фактическаго
обхода ограниченій при куплѣ-продажѣ; затѣмъ его

¹⁾ А. отн. до Юр. Б. 126, XII.

стали совершать уже не на короткій срокъ съ затрудненіями при выкупѣ, а совсѣмъ „безвыкупно и безотворотно“; наконецъ, самое понятіе „заложилъ“ какъ бы растворяется въ этой отчуждательной сдѣлкѣ, и на его мѣстѣ появляется терминъ „далъ“, опредѣленно указывающій на отчужденіе.

А между тѣмъ, условія эпохи способствовали болѣе сильному развитію второй формы залога, при которой владѣніе и пользованіе оставались въ рукахъ должника. П. А. Базановъ справедливо отмѣчаетъ, что право кредитора на присвоеніе вещи въ случаѣ просрочки, представляя для него весьма интенсивную гарантію, тѣмъ самымъ облегчало оставленіе вещи до срока должнику ¹⁾. Къ этому еще нужно прибавить, что усовершенствованіе поземельной регистраціи въ 17 вѣкѣ значительно ослабляло необходимость передать имущество для обезпеченія кредитора отъ злоупотребленій залогодателя. Наконецъ, немаловажное вліяніе имѣло то, что въ половинѣ 17 вѣка въ московскомъ государствѣ, оправлявшемся отъ предшествовавшаго кризиса, опять стали появляться признаки экономического подъема. Къ этому времени относится основаніе первыхъ въ Россіи заводовъ. Они основывались пока еще иностранцами, но ихъ возникновеніе, во всякомъ случаѣ, не могло остаться безъ вліянія на экономическую жизнь страны. Оживлялась и торговля. Иностранцы въ довольно значительномъ числѣ появлялись въ Россіи, и въ Москвѣ возрождается Нѣмецкая слобода ²⁾. Опять значительно расширялась потребность въ производительномъ кредитѣ. Начинаютъ появляться громадныя обороты, неизвѣстные прежнему времени; таковы, напримеръ, обороты Ивана Строганова, задолженность котораго достигаетъ колоссальной по тому времени цифры въ 24 тысячи рублей. Этотъ производительный харак-

¹⁾ Базановъ, Вотчин. реж. въ Р., стр. 34.

²⁾ См. Брикнеръ, Исторія Петра Великаго.

теръ кредита неминуюемо долженъ былъ отразиться на залогѣ. Въ одной изъ закладныхъ Строганова ¹⁾ это вліяніе сказывается чрезвычайно рѣзко. Закладывается вотчина съ соляными варницами въ обезпеченіе поставки въ 72000 пудовъ соли. Само собою понятно, что здѣсь экономическая необходимость заставляла оставить имущество въ рукахъ должника, потому что это самое имущество должно было служить ему средствомъ для исполненія договора. Такіе случаи, связанные съ природой производительнаго кредита, вѣроятно, были не рѣдки. Цитированная выше статья 196 главы X Уложенія царя Алексѣя Михайловича гласить: „А будетъ кто кому въ долгу въ денгахъ, или *въ ино мѣ въ чело мѣ* заложить что . . .“ Эта статья показываетъ, что залогъ могъ возникать не только въ обезпеченіе денежнаго долга, происходящаго изъ займа, а также въ обезпеченіе всякихъ иныхъ договорныхъ отношеній. Значеніе этихъ факторовъ еще увеличится, если мы замѣтимъ, что обычное право 17-го вѣка, идя навстрѣчу запросамъ жизни, допускало, повидимому, на одно имущество нѣсколько залоговыхъ правъ. Въ челобитной 1630 года проситель, жалуясь на залогодержателя, пишетъ, что его дворъ былъ заложенъ еще въ нѣсколькихъ кабалахъ ²⁾; само собою понятно, что онъ не сталъ бы говорить этого, если бы такой залогъ считался неправомѣрнымъ. Такой же случай мы видимъ въ закладныхъ Ивана Строганова, гдѣ одна и та же вотчина закладывается въ обезпеченіе нѣсколькихъ долговъ. Наконецъ, въ цыдвинской закладной 1695 года ³⁾ мы находимъ такую высокую форму, какъ вторая закладная съ оговоркой о преимущественныхъ правахъ перваго залогодержателя.

Всѣмъ этимъ новымъ запросамъ, безъ сомнѣнія, гораздо полнѣе могъ удовлетворять залогъ безъ пере-

¹⁾ Доп. къ А. И. П., 56, IV.

²⁾ Гурляндъ, Акты г. Романово - Борисоглѣбска, стр. 36—37.

³⁾ Цыдвинскіе акты № 11.

дачи владѣнія, нежели залогъ, при которомъ владѣніе и пользованіе передавались кредитору. И. А. Базановъ свидѣтельствуетъ, что въ актахъ 17-го вѣка, которыми онъ располагалъ, наблюдается постепенное усиленіе перваго типа ¹⁾. Изъ двухъ формъ залога, существовавшихъ въ московскомъ правѣ, одна вела къ распаденію института, а другая носила въ себѣ зародыши, способные къ дальнѣйшему развитію. Неудивительно, что указъ 1737 г. ²⁾ знаетъ уже только одну форму залога, именно ту, при которой имѣніе оставалось въ рукахъ должника. Это явствуетъ съ несомнѣнностью изъ его текста. Во вступительной части указа, представляющей изложеніе его мотивовъ, мы узнаемъ, что „иногда закладчики заимодавцевъ обманываютъ, объявить ему о состояніи тѣхъ деревень, которыя закладываетъ, и съ нихъ о доходахъ неистину, а заимодавецъ, *не зная тѣхъ деревень и не вѣдая о доходахъ*, повѣря ему, ссудить требованною суммою“ и лишь потомъ, при взысканіи, узнаетъ, что деревня ея не стоитъ. Въ 3-мъ пунктѣ указа повелѣвается впредь послѣ срока „тѣхъ закладныхъ деревень за заимодавцемъ не справливать, и до владѣнія тѣхъ деревень его не допускать“, но предлагать сначала должнику и родственникамъ его отсрочку въ 6 мѣсяцевъ для выкупа. Въ 8-мъ пунктѣ содержится постановленіе, предоставляющее заимодавцу дополнительное взысканіе съ остального имущества должника, если послѣдній въ теченіе дѣйствія залога вывезъ крестьянъ или инымъ способомъ повредилъ имѣніе. Во всѣхъ этихъ мѣстахъ законодатель не находитъ даже нужнымъ высказывать, что имущество остается до срока въ рукахъ должника; онъ предполагаетъ это *implicite*, повидимому, даже не знаетъ другой формы залога. То же самое и въ другихъ законодательныхъ памятникахъ того времени (напримѣръ, въ указѣ 1744 года) ³⁾. Нигдѣ

¹⁾ Базановъ, Вотчинный режимъ въ Р., стр. 37.

²⁾ 1737 г. Авг. 1 (П. С. С. 7339).

³⁾ 1744 г. Мая 11-го (П. С. С. 8936).

мы не найдемъ оговорки, что заложенное имущество остается до срока во владѣніи и пользованіи залогодателя. Это предполагается само собою; и такое молчаливое предположеніе лучше всего доказываетъ безусловное господство этой формы въ первой половинѣ 18-го вѣка. О ея господствѣ свидѣлствуетъ опредѣленно Татищевъ, говорящій: „Нынѣ у насъ сіе, чтобы завести деревни во владѣніе давать, хотя бы полезнѣе, нежели ростъ платить, обычая ни закона нѣтъ“¹⁾.

Такимъ образомъ, изъ двухъ формъ русскаго залога выжила та, при которой права владѣнія и пользованія оставались до срока въ рукахъ должника. Залогъ съ передачей недвижимости, повидимому, изрѣдка еще встрѣчается и въ это время²⁾; но онъ не имѣетъ значенія обезпечительной сдѣлки, а служитъ средствомъ для продажи вещи такимъ лицамъ, которыя не могли приобрѣтать на нее права собственности³⁾. Что же касается дѣйствительныхъ залоговыхъ сдѣлокъ, то онѣ, нужно полагать, устремились въ русло второй формы. На эту же форму направляетъ свое главное вниманіе законодательство 18-го вѣка.

Главнѣйшимъ законодательнымъ памятникомъ этого времени, относящимся къ залогу, несомнѣнно, нужно признать извѣстный указъ 1-го августа 1737 года. Это была смѣлая попытка реформы нашего залогового права—настолько смѣлая, что жизнь оказалась еще не подготовленной къ ея воспріятію. Законодатель хотѣлъ отмѣнить присвоеніе имущества кредиторомъ послѣ просрочки и вернуться къ той системѣ продажи, которая была введена Іоанномъ Грознымъ въ 1557 году⁴⁾. Но эти два указа, несмотря на свое внѣшнее сходство, должны были весьма различно отразиться на интере-

¹⁾ См. Хитрово, Законодат. памятники, стр. 190.

²⁾ Объ этомъ свидѣлствуетъ указъ 1732 г. Авг. 25 (П. С. З. 6163).

³⁾ Ср. указъ 1782 г. Іюля 16-го (П. С. З. 15434).

⁴⁾ См. выше, стр. 94—5

сахъ сторонъ, особенно залогодержателей. Прежде всего, въ 1737 году залогодержатель, какъ мы уже видѣли, не получалъ, по общему правилу, до срока владѣнія и пользованія заложенымъ имуществомъ. Указъ 1737 года не только не измѣняетъ этого положенія, но, наоборотъ, запрещаетъ даже временно отдавать залогодержателю имущество послѣ срока, до окончательнаго выясненія его судьбы. Поэтому, отсрочка удовлетворенія, неизбежно связанная съ публичной продажей, не представлялась для залогодержателя мало значущей, какъ тогда, когда пользование и до, и послѣ срока (или, по крайней мѣрѣ, въ послѣднемъ случаѣ) принадлежить ему. Во 2-хъ, указъ 1737 года постановляетъ, что присутственное мѣсто, въ которое предъявлена закладная, обязано выжидать до продажи 2 мѣсяца *ex officio* и еще 6 мѣсяцевъ въ случаѣ, если должникъ или его наследники объявятъ о желаніи выкупить имущество. Такая громадная проволочка совершенно не идетъ въ сравненіе съ проволочкой по указу 1557 года, гдѣ кредиторъ обязанъ ждать „недѣлю или двѣ“ послѣ того, какъ онъ объявитъ залогодателю о своемъ намѣреніи продать имущество. Въ 3-хъ, по указу 1737 года продажу производить не самъ залогодержатель, какъ въ указѣ 1557 года, гдѣ власти присутствуютъ лишь для наблюденія, чтобы „тогда закладъ продати правдою, не ухитряя его государя“, а присутственное мѣсто. Такимъ образомъ, сверхъ законной проволочки, кредиторъ долженъ былъ терпѣть еще канцелярскую волокиту, достигавшую въ 18 вѣкѣ ужасающихъ размѣровъ.

Все эти отсрочки удовлетворенія имѣли большое значеніе для кредитора. Въ указѣ 1744 года отмѣчается, что кредиторы часто въ теченіе долгаго времени не могли добиться ни денегъ, ни заложенаго имущества. Правда, когда должникъ выкупалъ имѣніе или когда вырученная съ торговъ сумма превышала долгъ, кредиторъ получалъ проценты за просроченное время. Но, это удовлетвореніе денежными процентами за время

неизвѣстное заранѣе, увеличивало противъ воли залогодержателя ту сумму, которою онъ рисковалъ. Кромѣ того, законъ предоставлялъ ему право записать имѣніе за собою по закладной лишь въ томъ случаѣ, если сумма, предложенная на торгахъ, не достигаетъ размѣровъ его капитальнаго долга; отсюда, повидимому, слѣдуетъ заключить, что въ тѣхъ случаяхъ, когда высшая сумма, предложенная на торгахъ, колебалась между размѣромъ капитальнаго долга и общей суммой, слѣдовавшей залогодержателю, онъ даже не могъ записать имѣнія по закладной, а долженъ былъ ограничиться неполнымъ удовлетвореніемъ. Наконецъ, кредиторъ еще потому былъ заинтересованъ въ возможной быстротѣ взысканія, что должникъ оставался полнымъ хозяиномъ имѣнія до самаго момента продажи. Онъ могъ вывезти крестьянъ и принадлежности, могъ повредить и обезцѣнить все имѣніе. Залогодержатель не имѣлъ возможности ни воспрепятствовать ему, ни вернуть отнятое путемъ вещныхъ исковъ: законъ предоставлялъ ему только личный искъ противъ злонамѣреннаго должника о невырученной части долга.

Само собою понятно, что при такихъ условіяхъ указъ 1737 года долженъ былъ весьма вредно отозваться на кредитъ. Залогъ, влѣдствіе этого указа, переставалъ быть надежнымъ обезпеченіемъ, и лица, располагавшія капиталами, стали менѣ охотно давать ихъ займы подъ залогъ ¹⁾. Къ сожалѣнію, законодатель не сумѣлъ отличить здоровыхъ, жизнеспособныхъ началъ своего предпріятія отъ его вредныхъ дефектовъ, и въ 1744 году весь институтъ обязательной продажи заложеннаго имущества былъ отмѣненъ, не существовавъ даже 7-и лѣтъ.

Однако, отказавшись отъ попытки произвести реформу залога путемъ непосредственнаго велѣнія, законодательство не оставило совсѣмъ эту мысль, а

¹⁾ Ср. изложеніе мотивовъ въ указѣ 1744 года.

только избрало другой путь. Оно стало проводить новые принципы не въ юридическую систему, а въ жизнь. Именно, правительство начало выступать само въ роли залогового кредитора и въ собственныхъ сдѣлкахъ вводило условіе объ обязательной продажѣ въ случаѣ просрочки. Еще 8 января 1733 года былъ изданъ указъ о кредитѣ изъ монетной конторы подъ обезпеченіе предметовъ и слитковъ изъ драгоцѣнныхъ металловъ ¹⁾. Здѣсь еще нѣтъ условія о продажѣ; но есть аналогичное условіе, что въ случаѣ просрочки закладъ переливается въ монету и излишекъ выдается должнику. Въ теченіе 2-й половины 18 вѣка былъ созданъ правительствомъ цѣлый рядъ кредитныхъ учреждений: Государственный Заемный Банкъ 1754 года ²⁾, новый Заемный Банкъ 1786 года ³⁾, ссудныя и сохранныя казны при Воспитательныхъ Домахъ, учрежденныя въ 1772 году ⁴⁾, Приказы общественнаго призрѣнія, учрежд. въ 1775 г. (Учрежденіе о Губерніяхъ) ⁵⁾, и, наконецъ, скоро закрытый Вспомогательный Банкъ для дворянъ въ 1797 году ⁶⁾. Нѣкоторымъ изъ этихъ учреждений продажа просроченныхъ залоговъ была вмѣнена въ обязанность; другія, наоборотъ, не имѣли права продавать залоговъ (впрочемъ, специально только сельскихъ имѣній), а должны были въ случаѣ неисправности покрывать долгъ изъ доходовъ заложеннаго имущества путемъ наложенія на него опеки. Для стараго Государственнаго Заемнаго Банка сначала былъ принятъ первый способъ удовлетворенія, но съ 1761 года банкъ по отношенію къ сельскимъ имѣніямъ перешелъ ко

¹⁾ П. С. З. 6300.

²⁾ 1754 года Мая 13 (П. С. З. 10235).

³⁾ Манифестъ 1786 г. Юня 28 (П. С. З. 16407).

⁴⁾ 1772 г. Нояб. 20 (П. С. З. 13909).

⁵⁾ П. С. З. 14392; о приказахъ обществен. призрѣнія см. ст. 382.

⁶⁾ Учрежденъ манифестомъ 1797 г. Дек. 18 (П. С. З. 18724) закрытъ 1799 г. Мая 7 (П. С. З. 18959).

второму способу¹⁾. Всѣ эти мѣры, какъ справедливо указываетъ Л. А. Кассо²⁾, подготовляли реформу взысканія по залоговымъ сдѣлкамъ. И эта реформа дѣйствительно осуществилась во второй части Устава о банкротяхъ отъ 19 декабря 1800 года³⁾. Въ этомъ законодательномъ актѣ снова былъ провозглашенъ принципъ обязательной продажи заложенного и просроченнаго имущества. На сей разъ реформа удалась. Постановленія банкротскаго устава привились къ практикѣ и въ значительной степени послужили основой нашего дѣйствующаго залогового права.

Подводя итогъ всему сказанному, мы должны будемъ отмѣтить въ исторіи развитія русскаго залога не столько космополитическія черты, сколько, наоборотъ, яркую оригинальность. Къ сожалѣнію, недостатокъ матеріала не позволяетъ указать болѣе или менѣе точно, къ какому времени относятся хронологически различныя стадіи его развитія; но приблизительно можно намѣтить слѣдующія важнѣйшія грани.

Въ эпоху пространной Правды залогъ, повидимому, если и существовалъ, то возникалъ лишь спорадически и не пользовался большимъ значеніемъ въ юридическомъ быту; этимъ объясняется отсутствіе въ Правдѣ какихъ-либо упоминаній о залогѣ⁴⁾. Первые акты, свидѣтельствующіе объ этомъ институтѣ, появляются съ 13—14 вѣка въ области сѣверо-западныхъ торговыхъ центровъ, Новгорода и Пскова⁵⁾; въ одномъ актѣ залоговое отношеніе возникло, очевидно, еще въ 12—13 столѣтіи⁶⁾. Подъ влияніемъ преобладающаго производительнаго, именно, торговаго характера кредита въ этихъ мѣстностяхъ съ одной стороны, подъ влия-

1) 1761 г. Окт. 24 (П. С. З. 11344).

2) Понятіе о залогѣ, стр. 327.

3) П. С. З. 19692.

4) См. выше, стр. 100.

5) Стр. 149.

6) А. Ю. 37; см. стр. 62—3.

ніемъ ограниченія размѣровъ личнаго взысканія съ другой, институтъ залога возникалъ первоначально въ поручительной формѣ, т. е. въ видѣ простого разрѣшенія кредитору обратитъ взысканіе на вещь въ случаѣ неисправности лица. Но эта форма въ своемъ чистомъ видѣ, кажется, существовала недолго¹⁾. Уже въ 14—15 вѣкѣ въ актахъ новгородскихъ областей мы застаемъ вполнѣ завершившійся процессъ перехода заложеннаго имущества изъ положенія поручителя въ положеніе главнаго должника; правосознаніе этого періода, повидимому, представляло себѣ залогъ, какъ обязательство вещи²⁾. Такое-же воззрѣніе на залогъ мы встрѣчаемъ и въ Псковской Судной Грамотѣ (конецъ 14-го или половина 15-го вѣка)³⁾. Въ этомъ-же періодѣ появляется въ актахъ новгородскихъ областей передача закладываемаго имущества кредитору⁴⁾, и на почвѣ пользованія кредитора возникаетъ безсрочный залогъ „до кунъ“, гдѣ нормировался договоромъ не конечный, а только начальный моментъ выкупа⁵⁾. Въ московскомъ правѣ эта форма залоговыхъ отношеній развивается значительно позже подъ именемъ „заклада за ростъ пахати (косити)“. Эпоха наибольшаго развитія „заклада за ростъ пахати“ относится къ 16-му вѣку, когда онъ былъ господствующей формой залога въ центрѣ Московскаго государства⁶⁾. Наряду съ нимъ продолжала, однако, существовать другая форма, при которой вещь оставалась въ рукахъ должника, срокъ долженъ былъ служить моментомъ прекращенія долговыхъ отношеній, а кредиторъ, вмѣсто пользованія заложеннымъ имуществомъ, получалъ вознагражденіе за свой капиталъ въ видѣ роста; законодатель характе-

1) Стр. 34—6.

2) Стр. 36—8.

3) Стр. 38—45.

4) Стр. 62—3.

5) Стр. 91—2.

6) Стр. 85—91.

ризуеть эту форму залога словами: „А кто у кого займетъ денги въ ростъ, а заложить.... вотчину... со срокомъ“...¹⁾.

Экономическій кризисъ конца 16-го и начала 17-го вѣка вызвалъ въ отношеніи какъ первой, такой и второй формы господство условія о правѣ залогодержателя присвоить вещь въ случаѣ просрочки²⁾. Это условіе не измѣнило сущности залога безъ передачи владѣнія и было въ примѣненіи къ нему лишь дальнѣйшимъ развитіемъ обезпечительной идеи³⁾. Что-же касается залога съ передачей владѣнія, то даже на этой стадіи онъ сильно отличался и отъ римской *fiducia*, и отъ германской *altere Satzung*. Въ русскомъ залогѣ абстрактное право собственности никогда не передавалось до срока залогодержателю, а передача владѣнія, вслѣдствіе поздняго возникновенія этой формы, застала уже болѣе или менѣе развитое правосознаніе, не смѣшивавшее ее съ отчужденіемъ⁴⁾; поэтому, досрочное владѣніе и пользованіе залогодержателя всегда носило производный, условный характеръ. Когда-же залогъ съ передачей владѣнія и пользованія до срока и права собственности послѣ просрочки началъ сливаться съ отчуждательными сдѣлками, къ маскированію которыхъ онъ служилъ на практикѣ⁵⁾, то онъ вскорѣ утратилъ свой залоговой характеръ и даже свое имя⁶⁾, а развившаяся экономическая жизнь устремилась въ русло второй формы, которая оставляла вещь до срока въ рукахъ должника, приближаясь по своему характеру къ германской *neuere Satzung* и къ римской *hypotheca*⁷⁾.

Конечно, мы не думаемъ оспаривать социологическаго принципа, что всякое общество должно прохо-

1) Указъ 25 дек. 1557 г.; см. стр. 94—5.

2) Стр. 109—115.

3) Стр. 119—20.

4) Стр. 151—3.

5) Стр. 153—9.

6) Стр. 160—161.

7) Стр. 161—4.

дить приблизительно одинаковыя стадіи развитія. Это основной принцип современной социальной науки; безъ него невозможны были бы ни дедуктивное установленіе общественныхъ законовъ, ни сравнительно-историческій методъ. Но едва ли можно основывать на этомъ началѣ космополитическую теорію развитія залога. Соціологія относитъ сходство развитія къ общественной организаціи въ цѣломъ, но не къ отдѣльнымъ частностямъ экономической и юридической жизни. Иначе мы получили бы не сходство основныхъ стадій, а тождество всѣхъ мелочей. Какъ справедливо указываетъ проф. Ковалевскій, сравнительно-историческій методъ призванъ устанавливать не только черты сходства, но и черты различія ¹⁾). Экономисты давно уже признали, что природныя условія страны, этнографическій составъ населенія, различныя историческія пертурбаціи, испытанныя имъ на своемъ пути,—все это оказываетъ весьма интенсивное вліяніе на развитіе экономического строя. Несомнѣнно, оно должно отразиться и на правѣ. Въ частности залогъ, представляя юридическое отраженіе вещнаго кредита, настолько связанъ съ условіями кредита вообще, что невозможно разсматривать его эволюцію внѣ общаго хода экономической жизни. Въ его развитіи можно найти извѣстныя космополитическія черты, но лишь постольку, поскольку онѣ существуютъ въ хозяйственной исторіи различныхъ народовъ. Такъ, всѣ народы, отчасти въ зависимости отъ двухъ разрядовъ кредита, производительнаго и потребительнаго, знали двѣ формы залога: одну, при которой имущество передавалось кредитору, и другую, при которой оно оставалось во владѣніи должника; у всѣхъ народовъ на извѣстной стадіи экономического развитія первая форма исчезала и оставалась только вторая. Дальше начинается область разли-

¹⁾ Проф. Ковалевскій, Историко-сравнительный методъ, стр. 20.

чій. Если древнѣйшая исторія Рима характеризуется чистымъ натуральнымъ хозяйствомъ, средневѣковый западъ городами и феодализмомъ, а Русь на первой стадіи великимъ воднымъ путемъ и развитой торговлей, то это, естественно, создавало различные исходные пункты въ развитіи залоговаго права.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

Понятіе о залоговомъ правѣ въ современной юриспруденціи.

Трудность задачи. Споры о природѣ залогового права. Взглядъ на залогъ, какъ на обязательство вещи. Теорія залога, какъ вещнаго права. Отсутствие у залогодержателя непосредственной власти надъ вещью. „Вещная“ теорія въ примѣненіи къ закладу правъ. Теорія вещнаго права на заложенное требованіе. Теорія залога требованій, какъ залога будущихъ вещей (предметовъ долга). Закладъ требованій въ русскомъ правѣ. Невозможность вещнаго права при закладѣ требованій. Теорія залогового права въ „собственномъ“ и „не собственномъ“ смыслѣ. Цессіонныя теоріи залога требованій: 1) теорія условной цессіи, 2) теорія ограниченной цессіи, 3) теорія сингулярнаго преемства. Положеніе вопроса въ русскомъ правѣ. Попытки созданія единаго понятія о залогѣ. Классификація правъ на абсолютныя и относительныя, предложеная П. А. Кассо въ примѣненіи къ залогоу. Теорія Бремера о залогѣ, какъ „правѣ на право“. Неудовлетворительность всѣхъ этихъ попытокъ. Право и интересъ (взгляды Іеринга). Значеніе теоріи цѣнности для права. Классификація понятія о цѣнности въ экономической наукѣ. Способность производительной и мѣновой цѣнности къ объективации и ея значеніе для науки права. Мѣсто залога въ правѣ примѣнительно къ классификаціи цѣнности. Возвръненія на залогъ у Зома. Критика Зома. Залогъ, какъ право на мѣновую цѣнность. Количественная опредѣленность той мѣновой цѣнности, на которую предоставляется право залогодержателю. Опредѣленность ея въ отношеніи порядка. Вопросъ объ акцессорности залога. Условный характеръ осуществленія залогового права. Опредѣленіе залога. Взглядъ на залогъ въ дѣйствующемъ законодательствѣ и въ практикѣ Правительствующаго Сената.

Общее понятие о залоговомъ правѣ составляетъ одинъ изъ наиболѣе спорныхъ пунктовъ современной юриспруденціи. Рѣдко въ какой другой области можно найти столько различныхъ опредѣленій, столько взаимно противорѣчивыхъ взглядовъ, столько глубоко-мысленныхъ теорій, столько тонкой критики, столько остроумныхъ концепцій, столько эффектныхъ построений. И при всемъ томъ ни одинъ вопросъ не можетъ считаться рѣшеннымъ, ни одно воззрѣніе не можетъ добиться болѣе или менѣе общаго признанія. „Никто, сколько нибудь знакомый съ литературой по залоговому праву—говоритъ Бремеръ—не рѣшится утверждать, что понятіе объ этомъ правѣ установлено“¹⁾. И въ подтвержденіе своихъ словъ Бремеръ приводитъ цѣлый рядъ нерѣшенныхъ кардинальныхъ вопросовъ. „Представляетъ ли залогъ въ своихъ различныхъ видахъ—спрашиваетъ онъ—единое право, или мы имѣемъ дѣло съ различными юридическими отношеніями, объединенными только общей практической цѣлью?“²⁾. Отсюда развивается группа частныхъ вопросовъ, чтобы затѣмъ вернуться опять къ общему: „мыслимо ли залоговое право на права? существуютъ ли вообще „права на права“, иными словами, можетъ ли право само быть объектомъ другого права?“³⁾. Приблизительно тѣ же нерѣшенные вопросы (только въ нѣсколько иной формѣ) мы найдемъ у Экснера⁴⁾. Къ прискорбію, они остаются нерѣшенными и теперь, почти черезъ полвѣка послѣ выхода въ свѣтъ цитированныхъ трудовъ. Во всѣ отрасли теоретическаго понятія о залогѣ проникаютъ эти вопросы; и можно сказать, что теорія залога является неустановленной во всемъ своемъ объемѣ.

Споры о природѣ залогового права происходятъ главнымъ образомъ по двумъ пунктамъ. Съ одной сто-

1) Bremer, Pfandrecht und Pfandobjecte, S. VII.

2) Ibidem, S. VII.

3) Ibidem, S. IX.

4) Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffs, S. 1—5.

роны, тѣ ученные, которые склонны примѣнять къ современному залоговому праву опредѣленія, заимствованныя изъ римской классификаціи гражданско-правовыхъ отношеній, несмотря на общность этого основнаго воззрѣнія, до сихъ поръ не могутъ прійти къ соглашенію о сущности разбираемаго института. Съ другой стороны, въ послѣдніе полвѣка небольшая сравнительно группа изслѣдователей возбудила сомнѣнныя въ приложимости римскихъ догматическихъ началъ къ современному праву залога и попыталась построить его на иныхъ основаніяхъ.

Источники римскаго права подали поводъ къ двумъ различнымъ взглядамъ на природу залога. По мнѣнію большинства романистовъ, какъ римскій, такъ и современный залогъ долженъ быть отнесенъ къ группѣ правъ вещныхъ, именно *jura in re aliena*. Наряду съ этимъ довольно много ученыхъ смотрятъ на залогъ, какъ отношеніе обязательственнаго характера; при этомъ одни видятъ въ немъ *obligatio rei*¹⁾, другіе же—обязательство, въ которомъ обязаннымъ лицомъ является тотъ, кто въ данный моментъ владѣетъ заложеной вещью²⁾. По мнѣнію этихъ ученыхъ, залогъ устанавливаетъ не вещное право, а только обязательственное требованіе. Если это требованіе дѣйствительно не противъ одного лишь обязавшагося лица, а противъ всякаго пріобрѣтателя вещи, то это происходитъ либо, согласно объясненію первыхъ, оттого, что сама вещь является обязаннымъ субъектомъ, а собственникъ только ея представителемъ, либо по взгляду вторыхъ, от-

¹⁾ Büchel, *Civilrechtliche Erörterungen*, S. 259, 269, 447 f.; Sintenis, *Pfandrehtliche Streitfragen*, S. 5; ergo-же, *Handbuch d. gem. Pfandrehts*, § 2; Huschke, статья въ *Lindes Zeitschr.*, B. 20, S. 221; Brinz, *Lehrbuch d. Pandecten*, B. I, S. 317 ff; Vangerow, *Pandecten*, B. I, § 363; Lette, *Das landwirtschaftliche Kredit- und Hypotheken-Wesen*, S. 47.

²⁾ Meibom, *Mecklenb. Hypothek*, § 5; Ehrenberg, *Beschränkte Haftung*, S. 434; Stobbe, *Handbuch II*, S. 300; Regelsberger, *Baierische Hypothek*, B. I, S. 31 ff.

того, что, по условію этой оригинальной сдѣлки, обязаннымъ субъектомъ является не данное опредѣленное лицо, а всякій, кто въ моментъ взысканія окажется собственникомъ заложенной вещи.

Оба варианта этой теоріи заключаютъ значительныя юридическія и даже логическія натяжки. Послѣ критики Экснера¹⁾, Зома²⁾ и другихъ, особенно же послѣ обстоятельной критики Дернбурга³⁾, едва ли можно прибавить что либо серьезное противъ понятія объ „обязательствѣ вещи“. Какъ справедливо замѣтили эти авторы, такое понятіе неправильно логически. „Вещь—говоритъ Дернбургъ—не можетъ быть должникомъ, потому что должникъ обязанъ нѣчто исполнить, обязанъ дѣйствовать, а для вещи это невозможно“⁴⁾. Въ другомъ трудѣ Дернбургъ развиваетъ свое воззрѣніе болѣе подробно⁵⁾. Сущность обязательства, по его мнѣнію, состоитъ въ правѣ одного лица воздѣйствовать на свободную волю другого и направить эту волю на опредѣленные дѣйствія; какъ же можетъ быть обязаннымъ субъектомъ вещь, не имѣющая свободной воли и неспособная къ дѣйствию? Здѣсь не можетъ возникнуть обязательства вещи лицу, а только непосредственная власть лица надъ вещью, т. е., другими словами, не право требованія, а вещное право. Поэтому, Зомъ не безъ основанія называетъ *obligatio rei* „юридической небылицей“ („ein juristisches Unding“)⁶⁾. Бринцъ пытался отстоять эту конценцію путемъ расширенія понятія объ обязательствѣ до предѣловъ всякой отвѣтственности, какъ личной, такъ и вещной⁷⁾. Подробныя

1) Exner, l. c., S. 47—53.

2) Sohm, Die Lehre vom Subpignus, S. 6 ff.

3) Dernburg, Pfandrecht, B. I, § 12, S. 104 ff; Pandecten, B. I, § 262, S. 637—8. Ср. также Bachofen, Das römische Pfandrecht, S. 226.

4) Pandecten I, S. 637.

5) Pfandrecht I, S. 120 ff.

6) Sohm, l. c., S. 7.

7) Brinz, Lehrb. d. Pand., B. I, § 363 и B. II, §§ 206, 207, 208, 346.

возраженія противъ такого взгляда на понятие обязательства можно найти у Рюмелина ¹⁾; здѣсь мы ограничимся только замѣчаніемъ, что съ этой точки зрѣнія, предполагающей обязательство вездѣ, гдѣ существуетъ требованіе съ одной стороны и отвѣтственности съ другой, право собственности, когда оно выступаетъ, какъ основаніе виндикаціоннаго иска, должно быть отнесено къ категоріи правъ обязательственныхъ.

Съ другой стороны, нельзя не замѣтить натяжки въ томъ вариантѣ разбираемой теоріи, по которому обязаннымъ лицомъ является не сама вещь, а тотъ, кто въ данную минуту состоитъ ея собственникомъ. Одно изъ основныхъ правилъ ученія объ обязательствахъ—это что должникъ не можетъ произвольно передать своихъ обязанностей. Поэтому, трудно допустить такое обязательственное отношеніе, гдѣ личность обязанной стороны опредѣляется правомъ собственности на вещь, а распоряженіе этой вещью вмѣстѣ съ передачей обязанности зависитъ отъ произвола должника. А между тѣмъ, и римское право, и новѣйшія законодательства признаютъ за залогодателемъ право отчужденія заложенного имущества. Если отчужденіе заложенного предмета свободно, но не вредитъ правамъ залогодержателя, то это скорѣе говоритъ въ пользу вещнаго характера залога, нежели въ пользу его обязательственного характера.

Но кромѣ приведенныхъ возраженій противъ каждой изъ этихъ теорій въ отдѣльности, существуютъ основанія, по которымъ залоговое право, вообще, трудно признать правомъ обязательственнымъ. Важнѣйшія изъ нихъ формулированы Дербургомъ ²⁾. Прежде всего, ученію объ обязательствахъ чуждо понятіе старшинства по времени совершенія сдѣлки. Какъ римское право, такъ и новѣйшія законодательства не признаютъ никакой разницы при взысканіи обязательственныхъ долговъ

¹⁾ Archiv für civ. Praxis, B. 68, № 8.

²⁾ Pandecten, B. I, S. 637—8.

по времени ихъ возникновенія. Въ частности у насъ въ Россіи Уст. Суд. Торг., хотя знаетъ три „рода“ и четыре „разряда“ долговъ несостоятельнаго ¹⁾, но основываетъ различіе не на послѣдовательности возникновенія, а на степени „безспорности, очевидности и неопровержимости“ долга въ одномъ случаѣ ²⁾ и на смѣшанныхъ признакахъ, главнымъ образомъ, на характерѣ долга, въ другомъ ³⁾. Въ принципѣ обязательственные долги пользуются равными правами при взысканіи, въ противоположность залоговымъ долгамъ, которые въ принципѣ не равны. „Противъ этого—говорить Дербургъ—нельзя возражать, что нѣкоторыя обязательственныя требованія также пользуются передъ другими преимуществомъ, *privilegium exigendi*, ибо это исключеніе, а преимущество старѣйшаго залога—правило. Кромѣ того, привиллегіи обязательственныхъ требованій основаны не на старшинствѣ, а исключительно на извѣстныхъ свойствахъ, присущихъ этимъ требованіямъ“ ⁴⁾. Наоборотъ, для залоговыхъ правъ удовлетвореніе по старшинству есть одинъ изъ наиболѣе характерныхъ моментовъ. Таковъ порядокъ удовлетворенія и въ римскомъ правѣ, и во всѣхъ современныхъ. Такъ, на примѣръ, у насъ въ Уст. Гр. Суд. постановлено, что въ случаѣ, „если взысканная сумма недостаточна для полнаго удовлетворенія всѣхъ представленныхъ ко взысканію претензій“ (ст. 1214), „изъ представленной суммы... немедленно уплачиваются издержки по взысканію и претензіи, обеспеченныя залогомъ, *по старшинству закладныхъ*, а остатокъ затѣмъ обращается на удовлетвореніе прочихъ претензій по соразмѣрности“ (ст. 1215).

¹⁾ Т. XI ч. 2 Св. Зак., Уст. Суд. Торг., ст. 487—501 и 505—510.

²⁾ Ст. 488—90.

³⁾ Ст. 506—10.

⁴⁾ Pandecten I, S. 637—8.

Второй серьезный доводъ противъ обязательственнаго характера залога также указанъ Дернбургомъ¹⁾. Онъ сводится къ тому, что обязательственныя требованія ни при какихъ условіяхъ не могутъ при взысканіи имѣть преимущество передъ вещными; между тѣмъ, старѣйшій залогъ пользуется преимуществомъ передъ болѣе поздними по времени возникновенія сервитутами и другими вещными правами. Было бы излишнимъ приводить соотвѣтственныя постановленія всѣхъ современныхъ законодательствъ. Укажемъ только для примѣра на германскую *Civilprozessordnung* § 44, N 1—3, 52 Abs. 1, Satz. 2, 49 Abs. 1, 91 Abs. 1²⁾.

Всѣ эти соображенія рѣшительно не позволяютъ разсматривать залогъ, какъ право, по своей структурѣ принадлежащее къ разряду обязательственныхъ. Конечно, нельзя отрицать извѣстныхъ общихъ свойствъ, присущихъ отношеніямъ сторонъ при залогѣ и при существованіи обязательственнаго требованія. „Der Gegensatz zwischen Haben und Bekommensollen,—справедливо замѣчаетъ Экснеръ—die „Spannung“ auf etwas einerseits und das Haften für dieses Etwas andererseits ist dem Pfandrechte mit der Obligation gemein und bildet das tertium comparationis in dem Bilde: pignoris obligatio“ („противоположность между обладаніемъ и правомъ на приобрѣтеніе, „стремленіе“ къ чему-либо съ одной стороны и отвѣтственность за исполненіе съ другой общи залоговому праву съ обязательствомъ и составляютъ tertium comparationis въ образномъ выраженіи: pignoris obligatio“)³⁾. Дѣйствительно, между правами залогодержателя и правами обязательственнаго кредитора имѣется одинъ весьма существенный ообщій пунктъ: кромѣ общей отрицательной обязанности всякаго третьяго лица не

¹⁾ Pand., S. 638.

²⁾ См. также *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*, Art. 187, и *Einführungsgesetz zur Civilprozessordnung*, § 9.

³⁾ Exner, l. c., S. 49.

препятствовать осуществленію ихъ правъ, этимъ правамъ соотвѣтствуетъ еще специальная положительная обязанность опредѣленнаго субъекта. По Германскому Гражданскому Уложенію (§ 1113) ипотечный кредиторъ имѣетъ „требованіе“—слѣдовательно, обязанность ипотечнаго должника состоитъ не въ простомъ допущеніи залогодержателя къ осуществленію его правъ, а въ активномъ исполненіи обеспеченнаго залогомъ обязательства. Въ нѣкоторыхъ партикулярныхъ германскихъ законодательствахъ эта мысль выражена *explicite* ¹⁾. По рѣшеніямъ германскихъ кассационныхъ судовъ, неисполненіе обеспеченнаго залогомъ обязательства есть *morâ debitoris* ²⁾. Въ нашемъ законѣ соотвѣтственная норма нашла себѣ мѣсто въ матеріальномъ гражданскомъ правѣ, именно, въ статьяхъ 568 и 1649 т. X ч. I, изъ которыхъ первая причисляетъ закладную крѣпость къ обязательствамъ, а вторая гласитъ: „исполненіе по закладной крѣпости производится платежемъ отъ должника заимодавцу всѣхъ должныхъ по закладной денегъ въ срокъ, оною постановленный“. Понятіе объ „исполненіи по закладной“, объ активномъ дѣйствиі, представляющемъ содержаніе и цѣль устанавливаемаго права, несомнѣнно, сближаетъ до извѣстной степени залогъ съ обязательственными отношеніями. Эта близость замѣчена нашимъ законодателемъ, который во многихъ мѣстахъ (напримѣръ, въ только что цитированной 1649 ст. называетъ залогодателя „должникомъ“ (сравн. нѣмецкое *Hypothekenschuldner* и французское *débiteur hypothécaire*). Но это только сходство, а не тождество. Мы видѣли, что между требованіями изъ залога и изъ обязательства существуютъ важныя при-

¹⁾ См. Regelsberger, Baier. Hyp., S. 32.

²⁾ См. Seufferts Arch. für Entscheidungen d. obersten Gerichte in den deutschen Staaten, 59, 207 ff. (Кенисбергскій судъ); Juristische Monatschr. f. Posen, West- und Ostpreussen 7, 102 (Познанскій судъ); Rechtsprechung d. Oberlandesgerichte, 1, 125 (Маріенвердерскій судъ) и др.

ципальные различія. Нельзя не согласиться съ замѣчаніемъ Зома, что если бы мы захотѣли во что бы то ни стало разсматривать залогъ, какъ обязательство, намъ пришлось бы строить для него понятіе о другомъ видѣ обязательствъ, отличномъ отъ того, который мы знали до сихъ поръ¹⁾.

Исходя изъ этихъ соображеній, значительное большинство ученыхъ опредѣляетъ залогъ, какъ право не обязательственнаго, а вещнаго характера. Изъ нѣмецкихъ авторовъ этого воззрѣнія придерживаются Пухта²⁾, Баронъ³⁾, Келлеръ⁴⁾, Виндшейдъ⁵⁾, Дернбургъ⁶⁾, Арндтсъ⁷⁾ Roszhirt⁸⁾, Лангъ⁹⁾, Бахофенъ¹⁰⁾, Экснеръ¹¹⁾, Колеръ¹²⁾, Гауппъ¹³⁾, Тротше¹⁴⁾, Бухка¹⁵⁾ и многіе другіе; изъ нашихъ русскихъ юристовъ разсматриваютъ залогъ, какъ вещное право, Побѣдоносцевъ¹⁶⁾, Шершеневичъ¹⁷⁾, Васьковскій¹⁸⁾, Гуляевъ¹⁹⁾, Варадиновъ²⁰⁾ и, наконецъ, составители проекта Гражданска-

1) Sohm, l. c., S. 7.

2) Cursus d. Institutionen, B. II, § 249; Pand., § 193.

3) Система римскаго гражд. права, вып. II, стр. 134.

4) Pandecten, § 190.

5) Lehrbuch der Pandecten, B. I, § 224, n. 8.

6) Pfandrecht, B. I, S. 104 ff.; Pandecten, B. I, § 261—2, S. 633—8.

7) Lehrbuch d. Pandecten, § 364, n. 6.

8) Статья въ его-же Zeitschr., B. V, S. 164.

9) Статья въ Arch. f. civilistische Praxis, B. 28, S. 352.

10) Das römische Pfandrecht, B. I, S. 226.

11) Kritik des Pfandrechtsbegriffes, S. III und S. 47.

12) Pfandrechtliche Forschungen, § 5.

13) De nominis pignore, p. 10 ss.

14) Das Verpfändungsrecht, S. 80.

15) De pignore nominis, p. 7.

16) Курсъ Гражд. Права, т. I, стр. 564.

17) Учебн. русск. гражд. права, стр. 346—7.

18) Учебн. гражд. права, вып. 2, стр. 183.

19) Русское гражд. право, стр. 175.

20) Статья „Ипотека“ въ Ж. М. Ю. за 1862 г., кн. 6, стр. 546.

го Уложения¹⁾; примыкаетъ къ этому взгляду также Анненковъ²⁾.

Согласно опредѣленію Дербурга, „залоговымъ правомъ въ особенномъ и тѣсномъ смыслѣ мы называемъ служащее обезпеченіемъ долгового требованія право на чужую тѣлесную вещь, уполномочивающее вѣрителя продать ее для своего удовлетворенія“³⁾.

По Гауппу, залогъ есть „*jus in re. creditori in securitatem debiti constitutum*“⁴⁾.

По Барону, залогъ есть „вещное право на чужую вещь, принадлежащее вѣрителю въ обезпеченіе его требованія и состоящее въ правомочиі его владѣть вещью и продать ее, чтобы изъ вырученной суммы самому удовлетворить свое требованіе“⁵⁾.

Изъ нѣмецкихъ ученыхъ этого направленія Дербургъ признаетъ теоретическую возможность самостоятельнаго залогового права, не основаннаго на личной *causa debendi*; онъ опредѣляетъ такой залогъ, какъ „вещное право на приобрѣтеніе извѣстной суммы путемъ обращенія заложенной вещи въ денежную цѣнность“⁶⁾.

Изъ нашихъ русскихъ авторовъ Шершеневичъ опредѣляетъ залогъ, какъ „право на чужую вещь, принадлежащее вѣрителю въ обезпеченіе его правъ требованія по обязательству и состоящее въ возможности преимущественнаго удовлетворенія изъ цѣнности вещи“⁷⁾.

Очень сходное, хотя гораздо менѣе подробное, опредѣленіе даетъ Варадиновъ: по его мнѣнію,

¹⁾ Проектъ Гражд. Улож., кн. III, вотчинное право, т. II, разд. V, залогъ и закладъ; см. въ особенности стр. 304.

²⁾ Система русск. гражд. права, т. III, стр. 305—6.

³⁾ Dernburg, Pand. I, § 261, S. 634.

⁴⁾ Gaupp, l. c., p. 12.

⁵⁾ Баронъ, Сист. рим. гражд. права, стр. 134.

⁶⁾ Dernburg, l. c., S. 635.

⁷⁾ Шершеневичъ, l. c., стр. 346.

залогъ есть „право обезпеченія въ чужомъ имуществѣ“¹⁾).

Болѣе обстоятельно высказываетъ ту же идею проф. Васильковскій: согласно его опредѣленію, залогъ есть „вещное право, дающее его обладателю возможность исключительнаго удовлетворенія изъ цѣны принятой въ залогъ вещи въ случаѣ неисполненія собственникомъ ея лежащаго на немъ обязательства“²⁾. Къ этому опредѣленію (впрочемъ, съ извѣстными оговорками) присоединяется и Анненковъ³⁾.

Не даютъ прямого опредѣленія залога Побѣдоносцевъ и Гуляевъ.

Наконецъ, составители Гражданскаго Уложенія помѣщаютъ залогъ и закладъ въ числѣ вещныхъ (по ихъ терминологіи „вотчинныхъ“) правъ и опредѣляютъ ихъ словами: „залогъ (или закладъ) есть обезпеченіе требованія имуществомъ („недвижимымъ имѣніемъ“ при залогѣ, „движимымъ имуществомъ „при закладѣ“) и даетъ вѣрителю, въ случаѣ неисполненія должникомъ обязательства, право на преимущественное удовлетвореніе изъ заложеннаго имущества“ (въ отношеніи недвижимостей прибавлено: „въ чьихъ бы рукахъ оно ни находилось“)⁴⁾.

Такую же точку зрѣнія на залогъ, какъ на право вещное, мы найдемъ во многихъ законодательствахъ. Такъ, Германское Гражданское Уложеніе помѣщаетъ залогъ и закладъ въ разрядѣ вещныхъ правъ (§§ 1113—1296). Оно опредѣляетъ: 1) ипотеку — какъ „обремененіе недвижимаго имѣнія, дѣлающее его источникомъ удовлетворенія въ опредѣленной денежной суммѣ для требованія, принадлежащаго лицу, въ пользу котораго установлено обремененіе“⁵⁾; 2)

1) Статья „Ипотека“, стр. 536.

2) Учебникъ Гражданскаго Права, вып. II, стр. 183.

3) Система Русскаго Гражданскаго Права, т. III, стр. 305—6.

4) Ст. 288 и 353 кн. III Проекта Гражданскаго Уложенія.

5) § 1113.

вотчинный долгъ (Grundschuld) какъ „обремененіе недвижимаго имѣнія, въ силу коего лицу, въ пользу котораго установлено обремененіе, должна быть уплочена опредѣленная денежная сумма изъ участка“¹⁾; 3) рентный долгъ (Rentenschuld) какъ „вотчинный долгъ (Grundschuld), установленный съ тѣмъ, чтобы въ опредѣленные періодическіе сроки изъ участка уплачивалась опредѣленная денежная сумма“²⁾; 4) закладъ движимости—какъ „обремененіе движимой вещи, дающее кредитору право требовать удовлетворенія изъ вещи“³⁾.

Аналогичное опредѣленіе залога мы найдемъ въ Саксонскомъ Гражданскомъ Уложеніи (ст. 369), по которому „право залога есть предоставленное вѣрителю въ обезпеченіе его требованія право на чужую вещь, въ силу котораго онъ изъ вещи можетъ получить себѣ удовлетвореніе“.

По Австрійскому Гражданскому Уложенію (§ 447) „право залога есть предоставленное вѣрителю вещное право, въ случаѣ, если обязательство не будетъ исполнено въ опредѣленный срокъ, достигнуть (erlangen) удовлетворенія изъ извѣстной вещи“.

Итальянское Гражданское Уложеніе опредѣляетъ различно залогъ и закладъ. Первый есть „вещное право на чужую вещь, установленное на имущество должника или третьяго лица въ пользу вѣрителя, съ цѣлью обезпеченія полученія имъ удовлетворенія по его обязательству“⁴⁾; второй—„договоръ, которымъ должникъ даетъ вѣрителю въ обезпеченіе его требованія движимую вещь, съ тѣмъ, чтобы по удовлетвореніи требованія она была возвращена ему въ натурѣ“⁵⁾.

1) § 1191.

2) § 1199.

3) § 1204.

4) Art. 1964.

5) Art. 1878.

Чтобы закончить рядъ примѣровъ изъ иностранныхъ законодательствъ, упомянемъ еще о новѣйшемъ федеральномъ законодательствѣ Швейцаріи. Оно представлено двумя кодексами: Code fédéral des obligations отъ 14 іюня 1881 года¹⁾ и Code civil suisse отъ 10 декабря 1907 года. Въ этихъ законахъ основныя постановленія о залогѣ отнесены къ вещному праву (Code civil suisse, livre IV, des droits réels, deuxième partie, titres XXII et XXIII, art. 793—918). Залогъ недвижимости извѣстенъ швейцарскому кодексу въ трехъ видахъ: ипотеки (hypothèque), ипотечной росписки (cédule hypothécaire) и рентнаго письма (lettre de rente). Первый видъ въ законѣ не опредѣленъ: „ипотечная росписка есть личный долгъ, обеспеченный залогомъ недвижимости“ (art. 842); „рентное письмо есть долгъ, установленный на недвижимости въ качествѣ поземельнаго обремененія“ (art. 847); наконецъ, закладъ движимости также не имѣетъ точнаго опредѣленія въ законѣ.

У насъ въ Россіи взглядъ на залогъ, какъ на вещное право, проводился весьма послѣдовательно и настойчиво въ рѣшеніяхъ Гр. Касс. Деп. Правительствующаго Сената. Такъ, въ рѣшеніи 1873 года № 22 (по дѣлу Фроловыхъ съ Сахаровой) Сенатъ высказалъ, что „залогъ недвижимаго имущества устанавливаетъ между вступившими въ такую сдѣлку не только личныя отношенія должника къ кредитору по поводу обязанности перваго исполнить принятое на себя обязательство объ уплатѣ въ извѣстный срокъ занятой суммы, но устанавливаетъ и вещное право на тотъ предметъ, который принять былъ въ обезпеченіе долга. Слѣдовательно, пока долгъ по закладной не удовлетворенъ, пока закладная не оплачена—права собственника на отчужденіе заложеннаго имущества огра-

¹⁾ 30 марта 1911 г. утвержденъ верхней палатой новый Code des obligations, вступающій въ силу съ 1 января 1912 г. Къ сожалѣнію, я былъ лишенъ возможности пользоваться имъ въ настоящей работѣ.

ничены въ извѣстной степени правами кредитора на получение, въ случаѣ неуплаты долга, удовлетворенія изъ того имущества“. По рѣшенію 1877 г. № 59 (по д. Зафириди съ Власопуло) „залогодержатель вправе искать удовлетворенія долга съ заложенного имущества, хотя бы оно, по какимъ либо обстоятельствамъ, перешло въ собственность третьяго лица, не обязаннаго отвѣчать за долги залогодателя“ (въ частности въ разбиравшемся дѣлѣ—несмотря на утвержденную купчую крѣпость третьяго лица, не знавшаго о залогѣ). Въ рѣшеніи 1884 г. № 10 (по дѣлу Прилипченка съ Апостоль-Кегичемъ) Сенатъ опять говоритъ „о вещномъ правѣ залогодержателя“. Въ рѣшеніи 1880 года № 143 (по д. Быкова) Сенатъ провозглашаетъ принципъ, что „залогъ составляетъ вещное право посторонняго лица, обременяющее самое недвижимое имѣніе“ (а не только лично должника). Тѣ же принципы повторены въ рѣшеніяхъ 1881 г. № 65, 1889 г. № 103 и въ цѣломъ рядѣ другихъ; наконецъ, недавно они подтверждены Сенатомъ вновь въ рѣш. 1908 г. № 34 и 1910 г. № 21. Придерживаясь этихъ рѣшеній, главнымъ образомъ цитированнаго руководящаго рѣшенія 1873 г. № 22, мы бы должны были формулировать взглядъ Правит. Сената на залогъ опредѣленіемъ: вещное право на получение, въ случаѣ неуплаты долга, удовлетворенія изъ заложенного имущества. Легко замѣтить, что это воззрѣніе очень близко къ опредѣленію Австрійскаго Гражд. Улож.

Однако, при всей своей распространенности, воззрѣніе на залогъ, какъ на *ius in rem*, вызываетъ значительныя сомнѣнія. Эти сомнѣнія могли сравнительно легко быть разрѣшены въ Римѣ, гдѣ „вещное“ право не трудно было распознать по исковой защитѣ въ формѣ *actio in rem*¹⁾; но въ современномъ правѣ, не знаю-

¹⁾ Между прочимъ, интересно замѣтить, что строеніе римской *actio hypothecaria*, какъ иска вещнаго, служить до сихъ поръ однимъ изъ аргументовъ сторонниковъ „вещной“ теоріи. См. Dernburg, Pand. I, § 262, S. 638.

щемъ различія между *actiones in rem* и *actiones in personam*, задача оказывается гораздо сложнѣе. Не только относительно залога правъ (о которомъ будетъ рѣчь ниже), но даже относительно такъ называемаго „основного“ типа залоговой сдѣлки—залога недвижимости—не легко доказать вещный характеръ возникающаго правоотношенія. Въ литературѣ уже было замѣчено, что непосредственная власть залогодержателя надъ вещью въ видѣ владѣнія и пользованія не входитъ въ содержаніе понятія о залогѣ ни по современному, ни даже по позднѣйшему римскому праву¹⁾. Сторонники вещнаго характера залога обыкновенно возражаютъ на это, что непосредственная власть залогодержателя надъ вещью выражается въ его правѣ продажи залога и въ правѣ отысканія залога изъ всякихъ третьихъ рукъ²⁾. Однако, и съ этими указаніями не вполне можно согласиться. Что касается права продажи, то это, быть можетъ, имѣло значеніе въ Римѣ, гдѣ продавалъ заложненное имущество самъ залогодержатель; но въ современномъ правѣ, гдѣ продажу, по общему правилу, производитъ общественная власть въ порядкѣ принудительнаго взысканія, продажа, производимая по требованію залогодержателя, почти не отличается отъ продажи, производимой по требованію обязательственнаго кредитора. Дѣло обстоитъ нѣсколько сложнѣе съ правомъ залогодержателя на предъявленіе исковъ по заложному имуществу къ третьимъ лицамъ. Но оказывается, что и это право возникаетъ не только при залогѣ, а также при нѣкоторыхъ чисто обязательственныхъ

¹⁾ Bremer, l. c., S. 48; Vangerow, Pand. I, S. 908, Anm. 2.

²⁾ Exner, l. c., S. 8. Другое возраженіе даетъ Дернбургъ (l. c., § 262, n. 2, S. 636—7): по его мнѣнію, непосредственная власть не является характерной для вещнаго права. Однако, самъ онъ въ томъ же трудѣ на стр. 48 (§ 22) опредѣляетъ вещное право словами: „dinglich sind die Rechte, die uns eine körperliche Sache unmittelbar unterwerfen“. Изъ русскихъ авторовъ сравн. по этому поводу опредѣленіе Васьковскаго, Учебн. Гражд. Пр., вып. II, стр. 57; Vangerow, Pand. I, S. 908, Anm. 2.

отношеніяхъ. Такъ, напримѣръ, по законамъ нѣкоторыхъ западно-европейскихъ государствъ арендаторъ, объ арендѣ коего сдѣлана отмѣтка въ вотчинной книгѣ, имѣетъ искъ противъ всякаго пріобрѣтателя имущества; у насъ въ Россіи, согласно разъясненіямъ Правит. Сената, такое право принадлежитъ всякому арендатору ¹⁾. Еще болѣе яркій примѣръ того же рода мы находимъ при несостоятельности, когда обязательственные кредиторы, какъ всѣ вмѣстѣ въ лицѣ конкурснаго управленія, такъ и каждый въ отдѣльности, предъявляютъ къ третьимъ лицамъ, независимо отъ самого несостоятельнаго должника, иски по его имущественнымъ отношеніямъ, а при извѣстныхъ условіяхъ пользуются даже правомъ иска къ третьимъ лицамъ о возвращеніи въ составъ имущества должника отторгнутыхъ отъ него частей ²⁾. Наконецъ, въ конкурсномъ же правѣ мы находимъ другой, быть можетъ, самый разительный случай: кредиторъ, считающій себя неправильно обойденнымъ, предъявляетъ искъ не къ своему должнику, а къ остальнымъ кредиторамъ въ лицѣ конкурснаго управленія, т. е. къ тѣмъ лицамъ, которыя препятствуютъ осуществленію его *обязательственаго* права. Во всѣхъ этихъ случаяхъ истецъ не располагаетъ никакимъ вещнымъ правомъ. Если онъ уполномоченъ предъявить искъ о данномъ предметѣ къ третьему лицу, то это происходитъ, повидимому, оттого, что съ даннымъ предметомъ, находящимся во власти третьяго, или съ даннымъ дѣйствіемъ этого третьяго неразрывно связанъ его интересъ. Эта мысль выражена прямо въ текстѣ нашего дѣйствующаго закона. Ст. 460 Уст. Суд. Торг. дозволяетъ кредиторамъ предъявлять иски о возвращеніи въ составъ имущества несостоятельнаго всего

¹⁾ См., напримѣръ, рѣш. Гр. Касс. Деп. 1870 г. № 1124, 1794; по рѣшеніямъ 1873 г. № 1224, 1874 г. № 272 арендный договоръ обязательственъ для третьяго пріобрѣтателя даже въ томъ случаѣ, если онъ пріобрѣтателю не былъ извѣстенъ.

²⁾ Ст. 460—462 т. XI ч. II Уст. Суд. Торг.

того, что имъ „заложено или отчуждено безденежно... когда долги... превышали уже въ половину имѣніе несостоятельнаго...“, а потому имѣніе, имъ отчужденное..., *принадлежало уже въ существъ своема не ему, но злимодавцама его*“. Въ полномъ согласіи со смысломъ этого закона Правит. Сенатъ призналъ, что для предъявленія кредиторомъ иска объ уничтоженіи сдѣлки по 2 п. 1529 ст. Зак. Гр. (подложное переукрѣпленіе имущества во избѣжаніе платежа долговъ) нѣтъ надобности въ признаніи должника несостоятельнымъ, а достаточно доказать несостоятельность фактическую (рѣш. 1883 г. № 21). Въ значительномъ большинствѣ обязательственныхъ отношеній удовлетвореніе кредитора не связано именно съ даннымъ опредѣленнымъ предметомъ. Предполагается, что въ случаѣ утраты этого предмета должникъ можетъ удовлетворить его изъ другихъ частей своего состоянія. Предметъ удовлетворенія въ значительномъ большинствѣ обязательственныхъ сдѣлокъ опредѣляется не своей индивидуальностью, а числомъ, мѣрой и вѣсомъ, иногда также качествомъ. Поэтому, пока должникъ „состоятеленъ“, распоряженіе съ его стороны отдѣльнымъ конкретнымъ предметомъ не вредитъ интересамъ кредиторовъ, и нѣтъ основаній допустить ихъ вмѣшательство въ такое распоряженіе. Но въ двухъ случаяхъ чисто обязательственнаго отношенія, совершенно независимо отъ какихъ либо вещныхъ правъ заинтересованныхъ лицъ, объективное право допускаетъ исключенія: это во 1-хъ, когда интересъ вѣрителя по сдѣлкѣ связанъ именно съ *опредѣленной* имущественной единицей (напримѣръ, при арендѣ), а во 2-хъ, когда должникъ несостоятеленъ и, слѣдовательно, интересъ вѣрителей связанъ *съ каждой* единицей изъ его имущества.

Примѣняя эти выводы къ праву залога, мы увидимъ, что возможность для кредитора предъявлять иски противъ третьихъ держателей заложенной ему вещи совершенно не предрѣшаетъ вопроса о всѣмъ

характеръ его права. Оно можетъ быть объяснено совершенно независимо отъ этого вещнаго характера, просто, какъ частный случай права на искъ противъ всякаго, кто непосредственно препятствуетъ данному лицу въ осуществленіи его законныхъ правъ—все равно, вещныхъ или обязательственныхъ.

Конечно, вопросъ не возбуждалъ бы сомнѣнія, если бы искъ залогодержателя былъ направленъ на полученіе заложенной вещи въ натурѣ, на ея виндикацію ¹⁾. Таковъ и былъ его характеръ въ Римѣ ²⁾. Но по существу современнаго залоговаго права, требованіе залогодержателя направлено не на самую заложенную вещь, а на „вознагражденіе“, на взысканіе изъ вещи опредѣленной денежной суммы. Поэтому, залогодержатель не можетъ виндигировать вещи: онъ можетъ только требовать удовлетворенія, несмотря на переходъ ея въ другія руки. Это, конечно, еще не исключаетъ вещной природы залоговаго права, тѣмъ болѣе, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ даже управомоченный по такому чисто вещному праву, какъ сервитутъ, также вынужденъ ограничиться при взысканіи денежнымъ удовлетвореніемъ ³⁾, а при системѣ публичности (Publicitätssystem) такое положеніе возможно даже для обладателя законнаго права собственности; но это, во всякомъ случаѣ, не позволяетъ видѣть въ *droit de suite* залогодержателя безусловное доказательство „вещнаго“ характера его правъ.

Но еще большія затрудненія встрѣчаетъ теорія залога, какъ вещнаго права, въ тѣхъ случаяхъ, когда объектомъ залоговой сдѣлки являются не тѣлесныя

¹⁾ Ср. опредѣленіе „природы вещныхъ правъ“ у Шершеневича, Учебн. Русск. Гражд. Пр., стр. 200: „возможность вытребовать вещь изъ чужого владѣнія, притомъ натурою, а не въ видѣ вознагражденія“.

²⁾ Dernburg, Pand. I, § 262, S. 638

³⁾ Напримѣръ, при продажѣ имущества съ торговъ по взысканію предшествующаго по рангу залогодержателя.

вещи, а права, особенно обязательственные требованія. Искусственность конструкции, допускающей при закладѣ требованій вещное право на *res incorporales* ¹⁾, ясна сама собою ²⁾. Прежде всего, по отношенію къ требованію едва ли мыслима вообще та „непосредственная, исключительная и независимая отъ лица посторонняго власть“ ³⁾, которою отличаются вещныя права. Въ частности, по отношенію къ требованію трудно себѣ представить виндикацію. Виндигировать можно только ту тѣлесную вещь (обыкновенно документъ), которая служить доказательствомъ требованія; но если какимъ нибудь образомъ къ третьему лицу перешло безъ достаточныхъ основаній самое право требовать, право взысканія по документу, то здѣсь имѣетъ мѣсто никакъ не виндикаціонный искъ, а скорѣе искъ о незаконномъ обогащеніи. Хотя по нѣкоторымъ правамъ (въ томъ числѣ по римскому) на требованіе допускается узурфруктъ, но это только *quasi ususfructus*: власти узурфруктура подлежатъ, собственно говоря, не самое требованіе, а только право на отдѣльные, независимые отъ капитальной суммы взносы со стороны должника, на проценты. Проценты не связаны физически съ требованіемъ, какъ плоды при тѣлесныхъ вещахъ; полученіе процентовъ не связано ни съ какими дѣйствіями надъ самымъ требованіемъ. Отсюда возникаетъ рядомъ съ главнымъ требованіемъ самостоятельное требованіе узурфруктуара о процентахъ. Если бы мы захотѣли найти ему аналогію въ числѣ вещныхъ правъ, мы бы скорѣе всего указали право на отдѣленные плоды. Разница та, что плоды тѣлесной вещи требуютъ физическаго отдѣленія, а плоды требованія являются отдѣленными съ самаго момента своего возник-

1) См. напр., Trotsche, Das Verpfändungsrecht, особенно Einleitung.

2) Ср. этому вопросу Windscheid, Pand. I, §§ 2 и 39.

3) Кассо, Русское поземельное право.

новения. Поэтому, *quasi ususfructus* не может быть при-
водимъ въ доказательство существованія вещнаго
права на *res incorporales*.

Едва ли также можно приводить въ подтвержде-
ніе этого тезиса права литературной, художественной
и промышленной собственности ¹⁾. Хотя самое названіе
ихъ указываетъ на нѣкоторую аналогію съ правомъ
собственности на тѣлесныя вещи, хотя многія законо-
дательства причисляютъ ихъ въ своей системѣ къ раз-
ряду вещныхъ правъ—тѣмъ не менѣе, ихъ вещный ха-
рактеръ остается весьма сомнительнымъ. Объекты этихъ
правъ таковы, что нарушеніе можетъ быть совершено
безъ всякаго физическаго захвата со стороны третьяго
лица ²⁾. Поэтому, здѣсь логически и физически невоз-
можна виндикація ³⁾; единственное имущественное тре-
бованіе, принадлежащее обладателю права противъ его
нарушителей—это требованіе о денежномъ вознагра-
женіи. Съ другой стороны, здѣсь совершенно неосу-
ществима „независимая отъ лица посторонняго власть
надъ объектомъ“: если даже можно себя представить
власть надъ чужимъ дѣйствіемъ, то власть надъ чу-
жимъ бездѣйствіемъ сводится уже во всякомъ случаѣ
только къ праву на удовлетвореніе, если бездѣйствіе
будетъ нарушено.

Мы оставимъ пока въ сторонѣ вопросъ о томъ,
можетъ ли вообще право служить само объектомъ дру-
гого права. Къ этому вопросу намъ еще придется
вернуться впослѣдствіи ⁴⁾. Здѣсь ограничимся тѣмъ

¹⁾ Ср. Кассо, Понятіе о залогѣ, стр. 241.

²⁾ Хотя въ общепитіи существуетъ понятіе „литератур-
ной кражи“, однако, кража въ этомъ случаѣ такъ же абстра-
гируется отъ физическаго захвата, какъ, напримѣръ, при „кра-
жѣ электрической энергіи“.

³⁾ Между прочимъ, большинство законодателей воспол-
няютъ этотъ недостатокъ карательной санкціей уголовнаго за-
кона. См. у насъ ст. 1683—5 Улож. о Нак. и 620—623 новаго
Угол. Ул.

⁴⁾ См. ниже, въ концѣ настоящей главы.

выводомъ, который непосредственно слѣдуетъ изъ вышеизложеннаго: право на *res incorporales* и, въ частности, „право на право“, во всякомъ случаѣ, если и существуетъ, то не можетъ быть отнесено къ разряду правъ вещныхъ.

Неудивительно поэтому, что наряду съ теоріей, по которой закладъ правъ (главнымъ образомъ требованій) создаетъ вещное право залогодержателя на самое заложенное требованіе, нѣкоторые авторы создали другую концепцію, по которой его вещное право направлено не на самое требованіе, а на предметъ долга ¹⁾. По этому послѣднему воззрѣнію, закладъ требованій есть въ сущности залогъ предмета долга и порождаетъ по отношенію къ нему тѣ же юридическія послѣдствія, что и всякій залогъ вообще.

Съ этой теоріей также трудно согласиться. Первое возраженіе, которое бросается въ глаза (и которое неоднократно было высказано въ литературѣ) ²⁾—что залогодатель, не имѣя самъ вещнаго права на предметъ долга, а имѣя только обязательственное требованіе, не можетъ предоставить вещнаго права и своему кредитору. Въ самомъ дѣлѣ, *nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet*. Поэтому, единственный путь, на которомъ можно было бы защищать теорію заклада предметовъ долга, это примѣненіе къ данному случаю общихъ правилъ, выработанныхъ правомъ (особенно римскимъ) для залога будущихъ вещей, т. е. признаніе залога состоявшимся и вещныхъ правъ залогодержателя возникшими лишь съ того момента, когда объектъ залога поступить въ собственность залогодателя ³⁾. Посмотримъ, къ чему приведетъ насъ такое воззрѣніе.

¹⁾ Sintenis, Handbuch d. gem. Pfandrechts, S. 140; Stöcker, Ueber die Grundsätze d. Lehre v. Pfandrecht an Forderungen, S. 355; отчасти Exner, l. c., cap. III и cap. XII sub 3 (S. 112—115).

²⁾ Ср., напр., Eberhard, Die Verpfändung von Forderungen, § 4.

³⁾ Къ этому взгляду, повидимому, склоненъ Экснеръ (l. c., S. 112—115).

Прежде всего, залогъ будущей вещи требуетъ въ качествѣ необходимаго условія индивидуальной опредѣленности этой вещи. Тѣ залого будущихъ вещей, о которыхъ говорить римское право ¹⁾, всѣ удовлетворяють этому условію. Таковы залого будущихъ плодовъ съ опредѣленной вещи въ опредѣленный моментъ, залогъ конкретнаго имущества, долженствующаго перейти въ собственность залогодателя, и т. д. Во всѣхъ этихъ случаяхъ вещь уже намѣчена заранее. Поэтому, здѣсь возможно не только обязательственное соглашеніе о будущемъ залогѣ, но и сама залоговая сдѣлка, вступающая въ силу непосредственно, *ipso jure*, съ момента перехода къ залогодателю права собственности. Примѣняя эти положенія къ закладу требованій, какъ залого предметовъ долга, мы бы должны были признать, что объектомъ залога могутъ служить только тѣ требованія, по которымъ предметомъ удовлетворенія является индивидуально опредѣленная вещь (напримѣръ, лѣсорубочный договоръ, арендный договоръ и т. д.). Закладъ векселя, заемнаго письма, исполнительнаго листа, вообще, всякаго требованія, направленнаго на денежную сумму, закладъ товаровъ по варрантамъ, закладъ требованій изъ договора о поставкѣ, закладъ того же самаго аренднаго договора со стороны арендодателя—были бы невозможны, такъ какъ во всѣхъ этихъ случаяхъ предметъ удовлетворенія опредѣляется только числомъ, мѣрой и вѣсомъ; или, по крайней мѣрѣ, сдѣлка о такомъ закладѣ должна была бы разсматриваться, какъ предварительное соглашеніе, не устанавливающее само по себѣ „вещнаго“ залогового права и требующее для этого вторичнаго договора послѣ того, какъ опредѣлится индивидуальность закладываемой вещи. Выводъ, на который едва ли рѣшились бы сторонники разбираемой теории.

Но если бы даже мы какимъ нибудь способомъ устранили это возраженіе, то и тогда остались бы

¹⁾ Dig., L. 15, 20 1, L. 16, 7 и др.

другія, не менѣе важныя. Съ точки зрѣнія теоріи заклада предметовъ долга совершенно необъяснимы права залогодержателя по заложенному требованію въ томъ случаѣ, когда срокъ послѣдняго наступаетъ позже, нежели срокъ того требованія, которое обезпечивается залогомъ. Права эти не ограничиваются одной пассивной охраной отъ злоупотребленій залогодателя, но переходятъ въ активное право самостоятельнаго взысканія. Такъ, по §§ 1281 и 1282 Германскаго Гражданскаго Уложенія, до наступленія срока по договору, въ обезпеченіе коего закладъ совершенъ, уплата со стороны первоначальнаго должника производится совместно залогодателю и залогодержателю; но послѣ упомянутаго срока залогодержатель можетъ въ предѣлахъ своего долга осуществлять самостоятельно заложенное требованіе и даже, не ожидая срока этого требованія, принудить залогодателя къ его цессіи (конечно, въ тѣхъ же предѣлахъ). Между тѣмъ, съ точки зрѣнія разбираемой теоріи, по которой объектомъ залога является не наличное требованіе, а будущій предметъ удовлетворенія, если даже возможно какимъ нибудь способомъ отнести къ моменту совершенія сдѣлки самый договоръ о залогѣ, то „вещныя“ права залогодержателя ужъ во всякомъ случаѣ должны были бы возникнуть лишь съ того момента, когда заложенный предметъ удовлетворенія перейдетъ въ составъ имущества залогодателя.

Наконецъ, противъ теоріи о закладѣ требованій, какъ залогъ будущей вещи, говоритъ еще то, что закладъ требованій встрѣчается въ такихъ законодательствахъ, которые совершенно не допускаютъ залога будущихъ вещей. Итальянское Гражданское Уложеніе и бельгійскій ипотечный законъ 1851 г. воспрещаютъ такіе залоговые *explicite*¹⁾; въ другихъ европейскихъ

¹⁾ Итал. Граж. Ул., art. 1977; бельг. ипотечный законъ 16-го дек. 1851 г., art. 78. О послѣднемъ см. Laurent, *Principes de droit civil*, t. 30, p. 481.

кодексахъ такое воспрещеніе содержится *implicite* въ тѣхъ постановленіяхъ, которыя требуютъ для возникновенія залога недвижимости отмѣтки въ вотчинной книгѣ, вносимой только по порученію собственника, а для возникновенія заклада движимости передачи заложенной вещи кредитору или третьему лицу въ качествѣ ручного заклада (*Faustpfand*). Между тѣмъ, всѣ эти законодательства, не допускающія залога будущихъ вещей, вмѣстѣ съ тѣмъ признаютъ и нормируютъ закладъ правъ, въ частности закладъ долговыхъ требованій.

Нѣсколько болѣе сложнымъ является этотъ вопросъ по русскому праву. Съ одной стороны, у насъ не существуетъ ипотечной системы, а практика отвергла также безусловную обязательность ручного заклада; съ другой стороны, по мнѣнію нѣкоторыхъ нашихъ цивилистовъ ¹⁾, нашему закону неизвѣстенъ закладъ требованій, и это даже подаетъ поводъ Шершеневичу отрицать возможность такого заклада въ нашемъ правѣ ²⁾.

Несмотря на отсутствіе ипотечной системы, несмотря даже на отрицаніе въ практикѣ обязательности ручного заклада, наше право, повидимому, сходится съ западно-европейскимъ въ признаніи невозможности залога будущихъ вещей. По ст. 1629 т. X. ч. I, относящейся къ залогоу недвижимости, „отдавать въ залогъ можно токмо то имущество, которое принадлежитъ отдающему по праву собственности“. Такимъ образомъ, будущее имущество, на которое право собственности еще только ожидается, отдавать въ залогъ нельзя; залоговое отношеніе съ самаго начала не можетъ возникнуть, и старшій нотаріусъ такой закладной не утвердить. По рѣшенію Гр. Касс. Деп. отъ 1881 г. № 121 покупатель имѣнія можетъ совершить

¹⁾ См., напр., Анненковъ, I. с., стр. 314 и 338.

²⁾ Шершеневичъ, Учебн. русск. гражд. пр., стр. 352.

закладную у младшаго нотаріуса еще до утверждения старшимъ нотаріусомъ купчей крѣпости; но и въ этомъ случаѣ утверждение старшимъ нотаріусомъ закладной, съ которымъ связано возникновеніе залогового права, происходитъ лишь послѣ утверждения купчей, т. е. тогда, когда закладываемое имѣніе уже находится въ собственности залогодателя. Часто указываютъ на Пол. о Каз. Подр., какъ допускающее будто бы залогъ чужого имущества ¹⁾. Это не совсѣмъ точно. Имущество закладывается только за чужой долгъ, но „залогодателемъ“ законъ постоянно называетъ собственника, разрѣшившаго путемъ специальной доверенности представленіе въ залогъ своего имущества (ст. 69, 70, 72 и ми. др.). Нельзя не согласиться съ Гантоверомъ ²⁾, что довѣренность въ томъ видѣ, въ какомъ она установлена дѣйствующимъ закономъ, представляетъ нѣсколько неудачную форму для возникающихъ въ этомъ случаѣ отношеній. Но сути дѣла это не мѣняетъ: „залогодателемъ“ является и здѣсь собственникъ имѣнія, а лицо, за долгъ котораго имѣніе закладывается, дѣйствуетъ только по „законному уполномочію“ (ст. 1629 Зак. Гр.) собственника. Тотъ же принципъ мы находимъ и въ отношеніи движимости. По ст. 1663 т. X. ч. I „закладывать движимое имущество можетъ токмо то лицо, которому оно принадлежитъ въ собственность съ правомъ отчужденія“. По ст. 1671 и у насъ въ принципъ требуется ручной закладъ (хотя Прав. Сенатъ въ цѣломъ рядѣ рѣшеній Гр. Касс. Деп., напримѣръ, 1872 г. № 975, 1878 г. № 817 и друг., разъяснилъ, что ручной закладъ не обязательенъ, а составляетъ право кредитора) ³⁾. По ст. 1670 „закладываемыя вещи при написаніи закладныхъ объявляются призваннымъ свидѣтелямъ съ обстоятель-

¹⁾ См., напр., у Змирлова, „Недостатки нашихъ гражд. законовъ“ въ Ж. Гр. и Уг. Пр. за 1885 г., № 7, стр. 89—90; также у Гантовера, Залоговое право, стр. 59.

²⁾ L. c., стр. 60.

³⁾ См. объ этомъ подроднѣе въ слѣд. главѣ.

ною званію, свойству и величинѣ тѣхъ вещей описью и цѣною каждой вещи“. Всѣ эти требованія закона совершенно исключаютъ возможность заклада будущихъ вещей, какъ движимыхъ, такъ и недвижимыхъ.

Что же касается второго сомнѣнія—извѣстенъ ли нашему закону закладъ требованій—то болѣе внимательное разсмотрѣніе заставитъ рѣшить этотъ вопросъ въ утвердительномъ смыслѣ. Обращаясь къ Полож. о Каз. Подр., мы найдемъ въ ст. 77 (по Прод. 1906 г.), кромѣ заклада акцій и паевъ, указаніе на цѣлый рядъ несомнѣнныхъ долговыхъ требованій, могущихъ служить объектомъ заклада. Таковы многочисленные и весьма разнообразныя „билеты“ по займамъ казны и государственныхъ кредитныхъ установленій (п. 2—4), „билеты, облигаціи и закладныя листы Городскихъ Общественныхъ, Земскихъ и частныхъ банковъ“ (п. 4), „облигаціи разныхъ промышленныхъ обществъ, товариществъ и компаній“ (п. 4), „облигаціи обществъ жел. дорогъ, пользующихся правительственной гарантіей“ (п. 5), „облигаціи Рижской городской кассы и закладныя листы Лифляндскаго и Эстляндскаго Дворянскихъ Земельныхъ Кредитныхъ Обществъ“ (п. 5). Всѣ эти облигаціи и закладныя листы, безспорно, представляютъ долговыя требованія; но есть основанія думать, что и бумаги по казеннымъ долгамъ принимаются въ данномъ случаѣ въ залогъ не какъ самостоятельныя цѣнности, а именно какъ долговыя требованія противъ казны. Доказательство такому положенію мы найдемъ въ Уст. Кред. (т. XI ч. II). Такъ, въ Уст. Государственной Коммиссіи Погашенія Долговъ (Уст. Кред., раздѣлъ I) 6-ая глава (ст. 95—102) говоритъ „о представленіи въ залогъ безсрочныхъ билетовъ Коммиссіи“ (ср. ст. 77 Пол. о Каз. Подр., пунктъ 2); при этомъ четыре статьи (95, 100, 101 и 102) вмѣсто „билета, представленнаго въ залогъ“, говорятъ о „капиталѣ, въ билетѣ Коммиссіи заключающемся“. Ясно, что рѣчь идетъ именно о закладѣ долгового требованія на капиталъ. Хотя терминологія

этихъ законовъ, съ перваго взгляда, какъ будто подтверждаетъ воззрѣніе на закладъ требованія, какъ закладъ предмета долга (см. особенно ст. 95), но легко убѣдиться, что здѣсь мы имѣемъ результатъ неточнаго законодательнаго языка: это доказываетъ особенно ст. 102, по которой, въ случаѣ взысканія, казна должна не удовлетвориться изъ заложеннаго капитала, списавъ его со счета своихъ долговъ, а только продать заложенное требованіе¹⁾. То же самое относится къ государственнымъ непрерывно-доходнымъ билетамъ. Въ ст. 38, 42, 43 и 44 раздѣла 2-го Уст. Кред. (о государственныхъ долгахъ въ особенности) рѣчь идетъ о закладѣ этихъ билетовъ, при чемъ и здѣсь законъ часто говорить о „залогѣ капитала, заключающагося въ непрерывно-доходномъ билетѣ“. Въ этихъ статьяхъ, какъ и въ предыдущихъ, выраженіе не точно: закладывается въ сущности не капиталъ, а требованіе о капиталѣ.

Дальнѣйшіе случаи заклада требованій мы находимъ въ уставахъ банковъ. По ст. 127 Уст. Гос. Банка (Уст. Кред. разд. 4-й) „Государственный Банкъ выдаетъ ссуды подѣ закладъ: 1) всѣхъ государственныхъ и гарантированныхъ правительствомъ цѣнныхъ бумагъ; 2) облигацій и закладныхъ листовъ учрежденій ипотечнаго кредита и облигацій городскихъ займовъ; и 3) по указаніямъ Совѣта Банка, тѣхъ изъ негарантированныхъ частныхъ бумагъ, которыя принимаются въ закладъ по обязательствамъ съ казною“. Ст. 134 предоставляетъ Банку „открывать кредиты, на основаніяхъ спеціальнаго текущаго счета, подѣ обезпеченія, принимаемая по ссудамъ на срокъ, а равно подѣ векселя, удовлетворяющіе требованіямъ пріема ихъ къ учету“. По ст. 94 Пол. о городскихъ общественныхъ банкахъ (Уст. Кред. разд. XI) „банкъ выдаетъ ссуду подѣ залогъ государственныхъ процентныхъ бумагъ, оплачен-

¹⁾ При закладѣ наличныхъ денегъ по 1-му п. 77 ст. Пол. о Каз. Подр. казна, наоборотъ, удовлетворяется изъ заложенныхъ денегъ непосредственно.

ныхъ акцій и облигацій, выпущенныхъ частными компаниями и пользующихся гарантіей правительства, или принимаемыхъ въ залогъ по казеннымъ подрядамъ и поставкамъ“. Примѣчаніе къ той же статьѣ причисляетъ къ объектамъ заклада также „безыменные вкладные билеты городскихъ общественныхъ банковъ, выданные до изданія Высочайше утвержденного 26 апрѣля 1883 г. Мнѣнія Государственнаго Совѣта“. Въ уставахъ всѣхъ частныхъ банковъ мы найдемъ постановленія какъ о ссудѣ подъ залогъ цѣнныхъ бумагъ, такъ и о закладѣ векселей по специальному текущему счету. Наконецъ, во всѣхъ банковыхъ уставахъ разрѣшаются ссуды подъ залогъ различныхъ товарныхъ свидѣтельствъ, въ томъ числѣ и такихъ, которыя опредѣляютъ товаръ только числомъ, мѣрой, вѣсомъ и качествомъ, т. е. представляютъ въ сущности требованія о товарѣ. Такъ, по ст. 108 Уст. Гос. Банка „Государственный Банкъ выдаетъ ссуды... подъ документы на... товары, находящіеся на складѣ или въ пути, какъ то: складочныя и закладныя свидѣтельства товарныхъ складовъ, коносаменты и квитанціи пароходныхъ и транспортныхъ предпріятій, дубликаты накладныхъ желѣзныхъ дорогъ, и т. п.“ По ст. 117 Полож. о Городскихъ общественныхъ Банкахъ „городскимъ общественнымъ банкамъ могутъ быть разрѣшаемы... 1) выдача ссудъ подъ залогъ товарныхъ квитанцій желѣзныхъ дорогъ на принятый къ перевозкѣ хлѣбъ, и 2) открытіе специальныхъ текущихъ счетовъ подъ обезпеченіе свидѣтельствъ товарныхъ складовъ о приѣмѣ хлѣба на храненіе“. Аналогичныя постановленія содержатся и въ уставахъ частныхъ банковъ. Эти данныя, въ связи со всѣми вышеизложенными, позволяютъ утверждать положительно, что закладъ требованій нашему праву извѣстенъ¹⁾. Слѣдовательно, и для нашего права, допускающаго закладъ требованій и не допускающаго залога будущихъ вещей, вѣрны тѣ же положе-

¹⁾ Ср. Струговъ, О закладѣ долговыхъ требованій, стр. 183 и слѣд.

нія, которыя приведены выше въ абстрактной формѣ. При закладѣ требованій объектомъ сдѣлки служить не предметъ долга, который во власти залогодателя еще не находится, а само право залогодателя. Между тѣмъ, едва ли можно допустить, какъ мы видѣли выше, существованіе „вещныхъ“ правъ залогодержателя на заложенное ему обязательственное право требованія. Выводъ ясенъ: *обширная группа закладныхъ сдѣлокъ, именно заклады требованій, не создаютъ вещнаго права.*

Не подлежитъ сомнѣнію, что подобный выводъ долженъ весьма неблагоприятно отозваться на теоріи вещнаго характера залогового права. Передъ изслѣдователемъ неизбѣжно встаетъ дилемма: или закладъ требованій создаетъ дѣйствительное залоговое право, но тогда „вещный“ характеръ не принадлежитъ къ его существу; или залогъ по существу своему есть право „вещное“, но тогда такъ называемый закладъ требованій представляетъ какую то иную сдѣлку, объединенную съ настоящимъ залогомъ только общей цѣлью, обезпеченіемъ кредитора при помощи имущества должника. Первый путь для разрѣшенія вопроса избрали Зомъ съ его послѣдователями¹⁾, Бремеръ²⁾, у насъ Кассо³⁾; второй путь избрало большинство нѣмецкихъ юристовъ съ Дербургомъ во главѣ⁴⁾, а у насъ Васьковскій⁵⁾. По

¹⁾ Sohn, Die Lehre v. Subpignus; Neuner, Privatrechtsverhältnisse; Pfaff, Geld als Mittel pfandrechtl. Sicherung.

²⁾ Bremer, Das Pfandrecht und die Pfandobjecte.

³⁾ Кассо, Понятіе о залогѣ въ современномъ правѣ (см. особенно гл. III).

⁴⁾ Dernburg, Pfandrecht, B. I, S. 96, 462, 470 f.; его же Pandecten, B. I, §§ 261 и 293; Huschke, De pignore nominis, p. 14; Mühlenbruch, Die Lehre von der Cession d. Forderungen; Gaupp, De nominis pignore, p. 50 etc.; Puchta, Vorlesungen, S. 399; Keller, Pand. § 202; Seuffert, Comm. zur Reichs-Civilprocessordnung; Eberhard, Verpf. v. Ford., § 4, 6 u. a.; Exner, l. c., S. 135; Hellwig, Verpfändung und Pfandrecht, S. 128 ff; Windscheid, Lehrb. d. Pand., B. I, § 239, n. 14; Arndts, Pandecten, § 367, n. 3; Göschen, Vorlesungen, B. II, S. 319.

⁵⁾ Учебн. гражд. права, вып. II, стр. 180—181.

мнѣнію этой послѣдней группы, нужно различать залогъ въ обширномъ и въ тѣсномъ смыслѣ. „Залоговое право въ обширномъ смыслѣ—говорить Дернбургъ¹⁾— есть неизмѣнное право на имущественный объектъ, изъ коего дозволяется извлечь удовлетвореніе въ случаѣ несвоевременной уплаты по обязательственному требованію. Въ этомъ смыслѣ оно не связано съ какой либо одной юридической формой, но принимаетъ различные виды. Оно можетъ быть создано какъ перенесеніемъ права собственности, такъ и установленіемъ вещнаго права на чужихъ вещахъ. Объектомъ его служатъ не только тѣлесныя вещи, но оно втягиваетъ въ свой кругъ всѣ имущественные объекты, подлежащіе продажѣ, особенно сервитуты и требованія. Оно характеризуется главнымъ образомъ тремя признаками. Во-первыхъ, своей цѣлью, обезпеченіемъ требованія; во-вторыхъ, своимъ средствомъ, правомъ обратиться для этого объектъ залога въ денежную цѣнность; и въ-третьихъ, постоянствомъ и неизмѣнностью этого средства, такъ что оно представляется дѣйствительнымъ обезпеченіемъ. Въ особенномъ и тѣсномъ смыслѣ мы называемъ залоговымъ правомъ служащее обезпеченіемъ долгового требованія право на чужую тѣлесную вещь, уполномочивающее кредитора продать ее для своего удовлетворенія“. Въ другомъ мѣстѣ Дернбургъ говоритъ, что „залогъ въ обширномъ смыслѣ характеризуется своею цѣлью и, подобно даренію или дачѣ приданнаго, представляетъ только общій характеръ, который могутъ принимать разнообразныя по своему юридическому значенію сдѣлки“²⁾. Аналогичные взгляды мы найдемъ и у другихъ писателей этого направленія.

Несмотря на всю распространенность подобныхъ возрѣній, съ ними едва-ли можно согласиться по существу. По справедливому замѣчанію Зома³⁾, они со-

1) Dernburg, Pandecten, B. I, § 261, S. 633—4.

2) Pfandr. I, S. 96.

3) Sohm, l. c., S. 7; ср. Bremer, l. c. S. 25.

держатъ, въ сущности, отрицаніе „залога въ общирномъ смыслѣ“, какъ юридическаго понятія. „Nehmen wir einem Rechte seinen Inhalt, so nehmen wir ihm seine Existenz“ („отнимая у права его содержаніе, мы отнимаемъ и его существованіе“) ¹⁾. Въ этомъ глубокая разница между залогомъ и тѣми примѣрами даренія, назначенія приданнаго и т. д., которые приводитъ Дернбургъ. Во всѣхъ этихъ случаяхъ юридическое отношеніе между сторонами распространяется во времени лишь на одинъ моментъ, именно, на моментъ совершенія сдѣлки. Сдѣлка состоитъ здѣсь только въ передачѣ правъ одной сторонѣ другою. Какъ только передача произошла, новый status quo охраняется закономъ по самостоятельнымъ основаніямъ, и, если даже между сторонами продолжаютъ существовать какія-либо юридическія отношенія, то содержаніемъ ихъ служить не дареніе, какъ такое, а то право (собственности, сервитута, требованія), которое передано въ видѣ дара. Поэтому, здѣсь не важно, въ какой формѣ произошла передача, а важны только фактъ и цѣль ея совершенія; несмотря на различіе юридическихъ формъ, право можетъ объединять разныя сдѣлки въ одинъ институтъ по цѣли.

Не таково положеніе вещей при залогѣ. „Закладываніе—справедливо говоритъ Зомъ—всегда есть установленіе опредѣленнаго права съ опредѣленнымъ характеромъ и опредѣленнымъ содержаніемъ“ ²⁾. Эта мысль и ея связь съ разбираемымъ вопросомъ будутъ понятнѣе, если мы обратимъ вниманіе на то, что залоговая сдѣлка по самому своему существу создаетъ между сторонами длительныя отношенія. Само собою разумѣется, что эти отношенія не могли бы быть одинаковы, если бы была различна юридическая природа тѣхъ сдѣлокъ, на которыхъ они основаны. Право не могло бы соединять эти сдѣлки подъ одну рубрику по

¹⁾ Sohm, l. c., S. 7.

²⁾ Ibidem.

ихъ цѣли, потому что цѣлью ихъ роль не заканчивается, потому что онѣ порождали бы различныя послѣдствія, относящіяся къ различнымъ юридическимъ институтамъ. Объединять только по цѣли въ одинъ институтъ сдѣлки, совершенныя для обезпеченія требованія на имущество, было бы столь же невозможно, какъ, напримеръ, создавать особый институтъ изъ сдѣлокъ, совершенныхъ въ обходъ кредиторовъ. Отрицаніе общей юридической природы есть отрицаніе самаго понятія о „правѣ залога“.

Единственнымъ исходомъ для сторонниковъ разбираемой теории было признать, что при „залогѣ въ собственномъ смыслѣ“ также происходитъ лишь моментная передача правъ, которую можно сближать съ залогомъ по ея цѣли. Такъ они и сдѣлали. По мнѣнію Пухты ¹⁾, Вангерова ²⁾, Келлера ³⁾, Зейфферта ⁴⁾, Мюленбруха ⁵⁾, Гауппа ⁶⁾, Гушке ⁷⁾, закладъ требованія есть „условная“ цессія его, т. е. цессія, вступающая въ силу съ момента неисполненія обезпечиваемаго обязательства; по мнѣнію Дернбурга ⁸⁾, Эбергарда ⁹⁾ и др. (къ этому воззрѣнію отчасти примыкаетъ также Экснеръ), закладъ требованія есть „ограниченная“ цессія, т. е. цессія вступаетъ въ силу съ самаго момента совершенія сдѣлки, но въ осуществленіи своихъ правъ цессіонарій ограниченъ цѣлями залога; по мнѣнію Гельвига ¹⁰⁾, Мансбаха ¹¹⁾, Ганаузека ¹²⁾ закладъ требованій со-

1) Vorlesungen, S. 399.

2) Pandecten, B. I, S. 926.

3) Pandecten, § 202.

4) Comment. zur Reichs-Civilprocessordnung

5) Die Lehre v. d. Cession d. Forderungen.

6) De nominis pignore, p. 50.

7) De pignore nominis, p. 14.

8) Pfandrecht, B. I, S. 462, 470 f.; Pandecten, B. I, § 293 S. 701.

9) Verpfändung v. Forderungen, §§ 4 u. 6.

10) Verpfändung und Pfandrecht, S. 128 ff.

11) Der Niessbrauch an Forderungen.

12) Die Lehre vom uneigentlichen Niessbrauche.

здаеть частичное преемство залогодержателя, который становится „совѣрителемъ“ (Mitgläubiger).

Кажется, ни одна изъ этихъ теорій не даетъ вполне удовлетворительнаго рѣшенія вопроса. Начнемъ съ первой.

Еще Гельвигъ замѣтилъ, что теорія условной цессии не можетъ объяснить, почему залогодержатель послѣ просрочки не приобретаетъ полного, неограниченнаго права на заложенное ему требованіе. Въ самомъ дѣлѣ, съ точки зрѣнія этой теоріи заложенное требованіе съ момента просрочки оказывается цедированнымъ, т. е. принадлежащимъ залогодержателю по собственному праву, подобно тому, какъ и при залогѣ тѣлесной вещи въ случаѣ *lex commissoria*; какъ же объяснить, что залогодержатель обязанъ возратить излишки сверхъ своего долга, не можетъ уничтожить заложенное требованіе, и т. д.?

Но если эта теорія не объясняетъ ограниченій въ правахъ залогодержателя послѣ срока, то еще меньше, думается, она можетъ объяснить самое существованіе извѣстныхъ его правъ до срока. Вѣдь цессія, которая служитъ для его правомочій безусловно единственнымъ источникомъ, вступаетъ въ силу лишь послѣ просрочки со стороны залогодателя. Почему же до такой просрочки залогодатель, являющійся пока еще единственнымъ субъектомъ правъ по данному требованію, не можетъ осуществить ихъ (напр., принять уплату) безъ участія залогодержателя? ¹⁾ Почему залогодержатель можетъ принудить залогодателя ко взысканію съ первоначальнаго должника, если это окажется нужнымъ по состоянію его дѣлъ? ²⁾ Почему залогодержатель получаетъ еще до срока документы по заложенному требованію въ свои руки ³⁾, а изъ процентовъ этого тре-

¹⁾ Герм. Гражд. Улож., § 1281; Code civ. suisse, art. 906.

²⁾ Code civil suisse, art. 906.

³⁾ Герм. Гражд. Улож., § 1274; Саксонск. Гражд. Улож., ст. 502; Code civil de France, art. 2075; Австр. Гражд. Улож., § 452; Голландск. Улож., ст. 1198; Code civ. suisse, art. 899; Code fédéral des obl., art. 215.

бования можетъ удержать текущіе проценты по своему собственному долгу? ¹⁾ Очевидно, что залогодержатель и до просрочки имѣетъ на заложенное требованіе какія-то права, и послѣ просрочки требованіе къ нему не переходитъ безусловно; ни того, ни другого теорія условной цессіи объяснить не можетъ.

Гораздо болѣе удовлетворительной въ этомъ смыслѣ является другая теорія, ограниченной цессіи. По мнѣнію приверженцевъ этой теоріи, цессія наступаетъ съ самаго момента совершенія сдѣлки, но въ осуществленіи своихъ правъ цессіонарій ограниченъ тѣми предѣлами, которые необходимы для обезпеченія его требованія. Отсюда объясняются какъ права залогодержателя до срока, такъ и ограниченія въ его правахъ послѣ срока.

Однако, эта теорія также не совсѣмъ свободна отъ дефектовъ. Прежде всего, съ этой точки зрѣнія трудно объяснить ту рѣзкую перемѣну въ характерѣ правъ залогодержателя, которую вноситъ просрочка по обезпечиваемому обязательству. Такъ, напримѣръ, не совсѣмъ понятно, почему въ случаѣ, когда первоначальный должникъ обязанъ платить по востребованію, залогодержатель послѣ срока можетъ самъ непосредственно востребовать долгъ, а до срока даже лишь въ исключительныхъ случаяхъ можетъ принудить къ этому залогодателя ²⁾; не совсѣмъ понятно, почему до срока уплату могутъ принять только залогодатель и залогодержатель вмѣстѣ, а послѣ срока одинъ залогодержатель, и т. д. Въдѣ съ точки зрѣнія ограниченной цессіи срокъ не вноситъ никакой существенной перемѣны въ природу правъ залогодержателя, а составляетъ лишь то фактическое условіе, послѣ котораго залогодержатель

¹⁾ Code civ. de France, art. 2081; Итальян. Гражд. Улож., art. 1886; Голландск. Улож., ст. 1204; Code fédéral des obl., art. 216.

²⁾ Герм. Гражд. Улож., § 1283; сравн. Code civil suisse, art. 906.

тель, при нормальныхъ обстоятельствахъ, приступаетъ къ осуществленію своихъ правъ. Отсюда слѣдовало бы заключить, что залогодержатель либо можетъ произвести востребованіе долга или принять добровольную уплату одинъ также и до срока, но отвѣчаетъ за полученную сумму передъ залогодателемъ, либо не вправѣ этого сдѣлать и послѣ срока. И тотъ, и другой выводъ разошлись бы съ дѣйствительной практикой большинства европейскихъ законодательствъ.

Но кромѣ этого соображенія, возрѣнію на закладъ требованій, какъ на ограниченную цессію ихъ, существенно противорѣчить то обстоятельство, что во все время существованія залога залогодатель сохраняетъ извѣстныя самостоятельныя права на заложенное требованіе. Казалось бы, что, разъ требованіе цедировано залогодержателю, хотя бы подъ ограничительнымъ условіемъ, вся полнота самостоятельныхъ правъ по этому требованію переходитъ къ нему, а залогодатель сохраняетъ лишь право требовать выполненія установленнаго при цессіи ограничительнаго условія. Не то мы видимъ на дѣлѣ. По всѣмъ законодательствамъ современной Европы, залогодатель сохраняетъ съ заложеннымъ требованіемъ непосредственную связь. Такъ, онъ можетъ по собственной инициативѣ произвести востребованіе долга ¹⁾ и вчинать иски по заложенному требованію къ первоначальному должнику ²⁾, но только уплату онъ обязанъ принять совмѣстно съ залогодержателемъ. Онъ пользуется правомъ на проценты заложеннаго требованія, на купоны заложенныхъ цѣнныхъ бумагъ, и можетъ требовать отъ залогодержателя ихъ выдачи ³⁾. По швейцарскому праву, сближающему акціи въ отношеніи ихъ заклада съ требованіями ⁴⁾, „les acti-

1) Герм. Гражд. Улож., § 1283; Code civ. suisse, art. 906.

2) Герм. Гражд. Улож., § 1281; Code civ. suisse, art. 906.

3) Code civ. suisse, art. 904; Code féd. des obl., art. 215.

4) Code civ. suisse, titre 23, du gage sur les créances et autres droits.

ons données en gage sont représentées das l'assemblée générale de la société par l'actionnaire lui-même et non par le créancier gagiste“ („акція, отданныя въ залогъ, представляются въ общемъ собраніи товарищества самимъ акціонеромъ, а не залоговымъ вѣрителемъ“¹⁾). Залогодатель сохраняетъ право дальнѣйшаго заклада уже заложенаго требованія²⁾; по мнѣнію Штеккера, онъ можетъ также цедировать заложненное требованіе *salvo jure pignoris*³⁾.

Дальнѣйшія возраженія противъ теоріи ограниченной цессіи формулированы Штеккеромъ. Наиболѣе удачными изъ нихъ являются два.

1) Залогодержатель требованія, получивъ объектъ долга въ свои руки, не можетъ ни присвоить его въ собственность, ни, если это произошло до срока его собственной претензіи, немедленно удовлетвориться и ликвидировать отношеніе; онъ получаетъ объектъ заложенаго требованія только *pignoris loco*. Это доказываетъ, что онъ не является цессіонаріемъ. Характеръ его права таковъ, что при переходѣ на тѣлесную вещь, объектъ долга, создаетъ не собственность, а только залоговое право.

2) Если бы залогодержатель былъ цессіонаріемъ, то для обратнаго перехода требованія къ залогодателю послѣ уплаты необходима была бы обратная цессія; этого въ дѣйствительности не наблюдается.

Такимъ образомъ, приходится признать, что цессія требованія, хотя бы даже ограниченная, не связана съ закладомъ его. Право залогодержателя не есть право цессіонарія, а нѣчто другое. Но если такъ, то попытка разграничить права заинтересованныхъ лицъ во времени и, такимъ образомъ, замкнуть юридическія отношенія между ними въ одинъ моментъ окажется не-

¹⁾ Art. 905.

²⁾ Code féd. des obl. art. 217.

³⁾ Stöcker, Ueber die Grundsätze der Lehre vom Pfandrechte an Forderungen.

удачной. Отсюда понятно возникновение другой попытки—Гельвига, Мансбаха и др.—разграничить эти права въ смыслѣ пропорціональнаго раздѣленія самого заложенаго требованія. По этой теоріи залогодержатель является сингулярнымъ преемникомъ (Singular-successor) залогодателя въ той части его требованія, которая соотвѣтствуетъ обезпечиваемой претензіи. Мы увидимъ ниже, что эта теорія ближе предыдущей подошла къ сущности возникающихъ отношеній. Но она удѣляетъ слишкомъ мало вниманія моменту условности залогового права. Если проводить послѣдовательно точку зрѣнія этихъ авторовъ, то окажется, что требованіе съ самаго начала раздѣлено между двумя лицами, изъ которыхъ каждое имѣетъ самостоятельно отдѣльную часть, независимую отъ другого. Съ этой точки зрѣнія было бы невозможно объяснить ни возвращеніе къ залогодателю „уступленной“ части безъ обратной цессіи, въ силу одного только факта уплаты, ни право залогодержателя распоряжаться (конечно, съ выдачей излишковъ) всѣмъ требованіемъ послѣ просрочки. Еще меньше можно было бы объяснить, почему не происходитъ немедленной ликвидаціи залоговыхъ отношеній, если первоначальный должникъ уплатитъ до срока заклада. Непонятно, наконецъ, почему документы обо всемъ требованіи находятся въ рукахъ залогодержателя. Если же полагать, что раздѣла заложенаго требованія между сторонами въ дѣйствительности не происходитъ, а залогодержатель получаетъ только идеальное право на часть единого, нераздѣльнаго требованія, то эта теорія не достигнетъ своей цѣли: тогда между сторонами все-таки будутъ существовать длительныя юридическія отношенія, и отнесеніе подобныхъ сдѣлокъ къ разряду залоговыхъ будетъ указывать съ несомнѣнностью на залоговую природу отношеній. Признаніе длительныхъ отношеній неизбежно влечетъ за собою признаніе, что въ данномъ случаѣ возникаетъ не только сдѣлка закладыванія,

распознаваемая по цѣли, но и право залога, распознаваемое по своей юридической природѣ. А если такъ, то природа этого права должна быть единой, какъ при закладѣ требованій, такъ и при залогѣ и закладѣ тѣлесныхъ вещей.

Обращаясь къ русскому праву, мы увидимъ, что оно не позволяетъ принять ни одной изъ цессіонныхъ теорій. Мы видѣли выше, что наше право говорить о закладѣ требованій по двумъ поводамъ: 1) по поводу залоговъ при обязательствахъ съ казною, а 2) въ уставахъ Государственнаго, городскихъ общественныхъ и частныхъ банковъ ¹⁾. По статьѣ 227 Пол. о Каз. Подр., ст. 102-й Уст. Гос. Коммиссіи Погашенія Долговъ (Уст. Кред. разд. I) и ст. 12 разд. II Уст. Кред. (о государственныхъ долгахъ въ особенности), на требованія, заложенные казнѣ по обязательствамъ съ нею, взысканіе направляется не въ формѣ присвоенія, а въ формѣ обязательной продажи съ выдачей „излишковъ“ залогодателю. Это тѣмъ интереснѣе, что во многихъ случаяхъ (напримѣръ, въ обоихъ приведенныхъ изъ Уст. Кред.) въ лицѣ казны соединяются залогодержатель требованія и первоначальный должникъ по этому требованію. Если бы залогъ представлялъ какой угодно видъ цессіи—условной, ограниченной или частичной,—то въ цедированной части не только взысканіе происходило бы путемъ зачета, но даже въ случаѣ исправности залогодателя неизбѣжна была бы новая требованія при его возвращеніи изъ залога, потому что въ моментъ, когда требованіе было „цедировано“ самому должнику, оно уничтожилось бы вслѣдствіе *confusio*. Между тѣмъ, въ дѣйствительности мы видимъ только право казны-залогодержателя удовлетвориться путемъ

¹⁾ Повидимому, о немъ говоритъ также 1674-я ст. Зак. Гражд., которая, рядомъ съ „акціями“, упоминаетъ отдѣльно о „процентныхъ бумагахъ“. Какъ уже было упомянуто, большинство процентныхъ бумагъ, кромѣ акцій, составляетъ долговья требованія. Ср. выше, стр. 198—9.

продажи заложеннаго требованія противъ казны-должника. То же самое мы находимъ и при закладѣ требованій въ банкахъ, притомъ какъ по срочнымъ ссудамъ, такъ и по специальнымъ текущимъ счетамъ (Уст. Гос. Банка ст. 132 и 137, Пол. о гор. обществ. банкахъ ст. 97—8 и уставы частныхъ банковъ). По Уставу Государственнаго Банка даже способъ установленія заклада существенно отличается отъ способа цессіи: именно, по ст. 131 „при полученіи ссуды заемщикъ выдаетъ Банку обязательство, въ коемъ излагаются главныя условія ссуды. Съ своей стороны Банкъ выдаетъ заемщику именную росписку на принятія въ закладъ бумаги“. Это совершенно не тотъ порядокъ „перевода бумагъ на имя банка, или снабженія передаточнымъ объявленіемъ, либо бланковою надписью по правиламъ, какія соблюдаются при продажѣ таковыхъ бумагъ однимъ лицомъ другому“, который установленъ, на примѣръ, въ Пол. о гор. обществ. банкахъ (ст. 92). Даже въ смыслѣ формы нашъ законъ, повидимому, не связываетъ необходимо порядка заклада требованій съ порядкомъ ихъ цессіи. Къ сожалѣнію, законъ не упоминаетъ о способѣ заклада векселей и другихъ бумагъ, подлежащихъ платежу по приказу. Но едва ли можно согласиться съ составителями проекта Гражд. Уложения, полагающими, что „наше законодательство не знаетъ, кромѣ передаточной надписи, иной формы передачи бумагъ, подлежащихъ платежу по приказу“¹⁾: кромѣ передаточной надписи, вексельный уставъ знаетъ еще препоручительную (Уст. о Векс. ст. 25). Въ западно-европейскихъ законодательствахъ закладъ посредствомъ передаточной надписи не вездѣ обязательенъ; такъ, на примѣръ, по французскому Торговому Уложенію (ст. 91) и итальянскому Торговому Уложенію (ст. 455) закладъ подобныхъ требованій происходитъ путемъ особой надписи о закладѣ. К. П. Побѣдоносцевъ указы-

¹⁾ Гражд. Улож., кн. III, т. II, стр. 711.

ваецъ, что у насъ, согласно старымъ законамъ, при закладѣ по договорамъ съ казной билетомъ Заемнаго Банка, сохранной казны и приказомъ общественнаго призрѣнія совершалась (если билеты были именныя) особая надпись о разрѣшеніи присутственному мѣсту, въ случаѣ неисправности по договору, „получить по билету удовлетвореніе изъ капитала и процентовъ“; при закладѣ же выкупныхъ свидѣтельствъ акцизныхъ управленія требовали „особой довѣренности на отчужденіе свидѣтельства на случай неисправности залогодателя“¹⁾.

Всѣ эти данныя показываютъ, что и для нашего права вѣрно приведенное выше общее положеніе: закладъ требованія не есть только моментная сдѣлка цессіи, а создаетъ длительныя юридическія отношенія между сторонами. Отсюда вытекаетъ, что природа залогового права въ этомъ случаѣ должна быть та же, что и природа залога тѣлесныхъ вещей. Отрицаніе такою единства природы залогового права было бы равносильно отрицанію залога, какъ юридическаго института. Но если такъ, то необходимо напрашивается выводъ, что *„вещный“ характеръ не принадлежитъ къ существу понятія о правѣ залога*. Только такимъ путемъ можно достигнуть единства этого понятія.

И дѣйствительно, небольшая группа ученыхъ рѣшилась вступить на этотъ путь. У насъ наиболѣе выдающимся представителемъ подобныхъ воззрѣній является Л. А. Кассо. Это одинъ изъ немногихъ юристовъ, рѣшившихся высказать мысль, что „раздѣленію правъ на вещныя и личныя, быть можетъ, суждено исчезнуть изъ юриспруденціи XX столѣтія“²⁾. Кассо опредѣляетъ залогъ, какъ „абсолютное право на уплату опредѣленной суммы, направляемое противъ облада-

¹⁾ Побѣдоносцевъ, Курсъ Гражд. Права, т. I, стр. 615.

²⁾ Кассо, Понятіе о залогѣ, стр. 240. Въ нѣмецкой литературѣ послѣдняго времени сходные взгляды высказываютъ Schlossmann, Vertrag, S. 257, 261, и Thon, Rechtsnorm, S. 161.

теля опредѣленнаго имущественнаго объекта и осуществляющееся въ видѣ исключительнаго права взысканія“¹⁾. Отвлекаясь отъ техническихъ недостатковъ приведеннаго опредѣленія, мы остановимся только на его сущности, предлагаемой Кассо въ примѣненіи къ залогу новой классификаціи правъ на абсолютныя и относительныя вмѣсто прежней классификаціи на вещныя и личныя. „Относительное правомочіе — говоритъ Кассо — осуществимо только противъ одного опредѣленнаго лица; абсолютныя права, наоборотъ, направляются противъ любого лица, какъ только послѣднее становится въ противорѣчіе интересамъ управомоченнаго субъекта“²⁾. Легко замѣтить, что это лишь другая форма того же дѣленія на вещныя и личныя права: и здѣсь принципъ дѣленія состоитъ въ томъ, что одни права направляются только противъ опредѣленнаго лица, а другія противъ всякаго, кто посягаетъ на интересы управомоченнаго субъекта; только устранено изъ этого принципа понятіе, что въ одномъ случаѣ непременно происходитъ вѣдикація, а въ другомъ требованіе направляется непременно только на денежное вознагражденіе. Эта форма классификаціи, конечно, гораздо шире, нежели классификація на вещныя и личныя права; но и она невольно вызываетъ нѣкоторыя сомнѣнія. Мы видѣли выше, что въ принципѣ право снабжаетъ каждый признанный интересъ защитой „противъ любого лица, становящагося къ нему въ противорѣчіе“³⁾. Если въ огромномъ большинствѣ случаяхъ искъ изъ такъ называемыхъ „обязательственныхъ“ отношеній направляется именно противъ опредѣленнаго лица, то это имѣетъ другое объясненіе: по свойствамъ самаго отношенія, только опредѣленное лицо можетъ при нормальныхъ условіяхъ стать нарушителемъ охраняемаго ин-

¹⁾ Кассо, I. с., стр. 243. Аналогичное воззрѣніе см. у Pfaffa, I. с., S. 14.

²⁾ Кассо, I. с., стр. 241.

³⁾ См. стр. 187—9.

тереса. Подтвержденіемъ этому взгляду можетъ служить право „относительно“ уполномоченныхъ субъектовъ предъявлять иски противъ всякаго третьяго въ тѣхъ исключительныхъ случаяхъ, когда этотъ третій можетъ стать непосредственнымъ нарушителемъ ихъ интересовъ. Такъ, напримѣръ, арендаторъ или кредиторъ несостоятельнаго должника предъявляетъ самостоятельно иски противъ третьихъ лицъ. Такимъ образомъ, въ принципѣ каждое право охраняется противъ всѣхъ нарушителей и, слѣдовательно, имѣетъ „абсолютный“ характеръ. Если можно говорить объ „относительныхъ“ правахъ, то лишь нѣсколько въ условномъ смыслѣ, какъ о правахъ, нарушителемъ которыхъ предполагается при нормальныхъ обстоятельствахъ лишь опредѣленное лицо.

Но если даже согласиться съ подобной классификаціей, то этимъ еще не будутъ устранены затрудненія въ примѣненіи ея къ залогу. Закладъ требованій, служащій камнемъ преткновенія для „вещныхъ“ теорій, не совсѣмъ подходит и подъ понятіе „абсолютнаго“ права. Залогодатель не можетъ предоставить своему кредитору абсолютнаго права на уплату уже потому, что, если придерживаться классификаціи Кассо, онъ его самъ не имѣетъ. Право залогодержателя не можетъ быть абсолютнымъ, потому что одинъ изъ его элементовъ, право на уплату со стороны первоначальнаго должника, относителенъ. Оно является абсолютнымъ лишь по отношенію къ переменамъ въ лицѣ залогодателя, но никакъ не по отношенію къ „любому лицу, становящемуся въ противорѣчіе интересамъ управомоченнаго субъекта“: вѣдь въ число этихъ интересовъ входитъ и уплата со стороны первоначальнаго должника, на которую абсолютное право залогодержателя требованія простирается не можетъ.

Наконецъ, въ опредѣленіи Кассо имѣется, кажется, внутреннее противорѣчіе. Одно изъ двухъ: или право залогодержателя „направляется противъ обладателя

опредѣленнаго имущества“, но тогда оно право „относительное“, и только личность обязаннаго субъекта опредѣляется принадлежностью даннаго имущества; или его право на уплату „абсолютно“, „направляется противъ любого лица, становящагося въ противорѣчіе его интересамъ“, но тогда нѣтъ основанія выдвигать въ качествѣ обязаннаго субъекта одного только обладателя опредѣленнаго имущества. Идея Кассо, кажется, будетъ выражена точнѣе, если сказать, что самое право залогодержателя на получение опредѣленной суммы есть право относительное, направляемое противъ обладателя опредѣленнаго имущественнаго объекта, но оно защищается абсолютнымъ правомъ исключительнаго (правильнѣе, преимущественнаго) взысканія съ этого объекта. Въ такомъ видѣ это возрѣніе представить вариантъ вышеизложенной теоріи Мейбома, Эренберга, Штоббе и др., по которой залогъ есть обязательство, но обязаннымъ субъектомъ состоитъ всякій обладатель заложенной вещи.

Болѣе смѣлой является реформаторская попытка Бремера ¹⁾. Желая создать общее понятіе залоговаго права, „единое не только по содержанію, но и по формѣ“, Бремеръ избралъ за исходной пунктъ своей теоріи не такъ называемый „нормальный случай“ залога, залогъ тѣлесной вещи, а именно тотъ пунктъ, который представлялъ наибольше трудностей для всѣхъ предшествующихъ авторовъ: закладъ правъ. Въ этомъ случаѣ закладъ, по мнѣнію Бремера, есть право распорядиться въ цѣляхъ получения опредѣленной цѣнности другимъ правомъ, принадлежащимъ залогодателю. Отъ залога правъ Бремеръ перенесъ то же понятіе на залогъ и закладъ тѣлесныхъ вещей, разсматривая послѣдній, какъ закладъ права собственности на эти вещи ²⁾. Слѣдовательно, по мнѣнію Бремера, залогъ есть всегда „право

¹⁾ Bremer, Das Pfandrecht und die Pfandobjecte.

²⁾ Bremer, l. c., S. 51.

на право“, и именно на чужое право, принадлежащее залогодателю.

Недостатки этой теории указывались въ литературѣ неоднократно ¹⁾. Такъ же, какъ предыдущія теории не объясняли заклада требованій, такъ воззрѣніе Бремера не объясняетъ залога тѣлесныхъ вещей. Мысль, что при аукціонной продажѣ отчуждается не продаваемая вещь, а только право собственности на нее, была бы, какъ справедливо указалъ Экснеръ, слишкомъ искусственна ²⁾. При такомъ чисто формальномъ раздѣленіи между тѣлесной вещью и правомъ собственности на нее, пришлось бы признать, что тѣлесныя вещи вообще не продаются, не дарятся, не наследуются, а объектомъ гражданскаго оборота служить только абстрактное право собственности. Кромѣ того, нужно замѣтить, что логическіе выводы этой теории совершенно разошлись бы съ дѣйствительнымъ правомъ. Съ извѣстными натяжками, пожалуй, еще можно было бы объяснить сохраненіе силы залогового права при переходѣ имущества къ другому лицу: въ подобномъ случаѣ на новаго владѣльца переносится право собственности залогодателя, и отсюда логически возможно перенести на него также залоговое обремененіе этого права. Но какъ быть въ тѣхъ случаяхъ, когда обремененное право собственности залогодателя уничтожается безслѣдно, напримѣръ, въ силу давности, а другое лицо въ силу той же давности пріобрѣтаетъ на заложенное имущество не производное, а самостоятельное, первоначальное право собственности? Ипотечные порядки западныхъ законодательствъ не допускаютъ и мысли, что-

¹⁾ Bürkel, Münchner krit. Vierteljahrschr. XI, S. 217, 221, 225, 244 u. a.; Förster, Preuss. Privatrecht, B. III, S. 360 ff; Spiegel, De juris pignoris natura, p. 15, 19, 21; Eberhard, Die Verpfändung von Forderungen, § 3; Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffes, cap. III. Вангеровъ (Pand. I, § 338) называетъ право на право „ein logisches und juristisches Unding“.

²⁾ Exner, l. c., S. 8.

бы въ этомъ случаѣ права залогодержателя уничтожились; у насъ въ Россіи Правительствующій Сенатъ въ рѣшеніяхъ Гражд. Касс. Деп. 1877 г. № 59 (по д. Зафириди съ Власуполо) и 1887 г. № 35 (по д. Горяиновой съ Ротгольцемъ) разъяснили, что въ случаѣ приобрѣтенія имѣнія третьимъ лицомъ по давности, когда „залогодатель утратилъ право на обратное получение имѣнія, хотя новый собственникъ онаго не вступаетъ въ обязанности залогодателя, тѣмъ не менѣе, право залогодержателя на заложенное имѣніе нисколько не уменьшается“. Съ точки зрѣнія теоріи Бремера этотъ случай едва ли поддается объясненію. Сущность дѣйствительныхъ отношеній состоитъ здѣсь именно въ томъ, что право залогодержателя тяготѣетъ непосредственно на самой вещи, что оно обладаетъ неограниченнымъ *droit de suite*, зависящимъ не отъ судебъ права собственности залогодателя, а только отъ судебъ вещи, что оно устанавливаетъ не производное, а непосредственное отношеніе залогодержателя къ заложенному объекту.

Подводя итогъ всему сказанному, мы увидимъ, что ни одна изъ приведенныхъ теорій не могла разъяснить и устранить того внутреннего противорѣчія, той внутренней двойственности, которою страдаетъ залоговое право. Съ одной стороны, его нельзя считать правомъ „вещнымъ“ или „абсолютнымъ“, потому что въ составъ его объектовъ входятъ требованія, направляемые противъ опредѣленнаго лица. Съ другой стороны, его нельзя считать правомъ обязательственнымъ или „правомъ на право“, потому что оно устанавливаетъ непосредственное отношеніе къ заложенному объекту. Отсюда вытекаетъ та внутренняя двойственность, которую Зомъ называетъ „противорѣчіемъ между содержаніемъ и формой залогового права“¹⁾ и которую, кажется, было бы правильнѣе назвать противорѣчіемъ

¹⁾ Sohm, l. c., S. 13—14.

между единствомъ природы залогового права и разнообразіемъ природы его объектовъ. Но эта двойственность не должна смущать изслѣдователя. Разъ возможна единая природа права, то необходимо должно существовать нѣчто единое, общее въ природѣ его объектовъ. Именно на это общее должно направляться право залога, и именно съ нимъ должна устанавливаться непосредственная связь залогодержателя. Найти этотъ истинный, всегда единый объектъ залога—вотъ задача теоретическаго изслѣдованія.

„Rechte—говоритъ Іерингъ—sind rechtlich geschützte Interessen“¹⁾. Этотъ основной принципъ, всего лишь полвѣка тому назадъ почти неизвѣстный юриспруденціи, въ настоящее время сталъ аксіомой ученія о субъективномъ правѣ. Благодаря ему, всѣ старыя „волевья“ системы отошли въ область исторіи; въ наши дни изъ болѣе распространенныхъ теорій едва ли не одна только система Петражицкаго пытается основать ученіе о правѣ на иныхъ началахъ²⁾. Тѣсная связь между правомъ и интересомъ стала азбукой современной юриспруденціи. Каждое право есть юридически защищенный интересъ;³⁾ и, обратно, каждый интересъ, пользующійся признаніемъ въ данной общественной средѣ, получаетъ соотвѣтственную правовую защиту.

Уже Іерингъ самъ замѣтилъ огромное значеніе этого принципа для классификаціи права. Различіе между интересами духовными и матеріальными даетъ основаніе къ выдѣленію въ особую группу правъ имущественныхъ; продолжая дѣленіе матеріальныхъ интересовъ, мы получимъ различныя группы имущест-

¹⁾ „Права суть снабженные правовой защитой интересы“. Ihering, Geist d. röm. Rechtes, B. III, 1-te Abth., S. 339.

²⁾ См. Петражицкій, Теорія права и государства въ связи съ теоріей нравственности, т. I и II.

³⁾ „Ein Recht ohne eine damit verbundene Genussmöglichkeit ist ein Unding“. Ihering, l. c., S. 350.

венныхъ правъ. Іерингъ предложилъ самъ подобную классификацію лишь для одной частной группы, для такъ называемыхъ „вещныхъ“ правъ¹⁾. Раздѣливъ способы извлеченія выгодъ изъ вещи на непосредственное потребленіе, обмѣнъ и безмездное отчужденіе, и указавъ, что каждый изъ этихъ способовъ имѣетъ два примѣненія—къ субстанціи вещи и къ пользованію ея плодами,—Іерингъ на этомъ дѣленіи построилъ свою классификацію вещныхъ правъ. Въ этой классификаціи нашлось мѣсто и для залога, который опредѣляется Іерингомъ, какъ право на вещь (точнѣе, на извлеченіе выгодъ изъ нея), ограниченное только правомъ мѣнноваго отчужденія ея субстанціи²⁾.

При всей глубинѣ основной идеи Іеринга, его классификація въ настоящее время имѣетъ значеніе больше, какъ первая попытка въ этомъ направленіи, какъ постановка вопроса, нежели какъ его разрѣшеніе. Если бы этотъ великій юристъ создавалъ свою схему теперь, при современномъ состояніи экономической науки, онъ, безъ сомнѣнія, построилъ бы ее въ иномъ видѣ. Въ ученіи современныхъ экономистовъ о цѣнности мы найдемъ въ строгомъ и полномъ, научно разработанномъ видѣ то понятіе интереса, на которомъ Іерингъ основывалъ свою классификацію права. „Der Werth—говоритъ Визеръ—ist ein menschlicher Interesse, als Zustand der Güter gedacht“ („цѣнность есть человѣческій интересъ, представляемый, какъ свойство благъ“)³⁾. По Бемъ-Баверку „Wert ist die Bedeutung, welche ein Gut oder ein Gütercomplex für die Wohlfahrtszwecke eines Subjectes besitzt“ („цѣнность есть значеніе, которымъ обладаетъ благо или комплексъ благъ для благосостоянія субъекта“) ⁴⁾. Основатель господствующей нынѣ

¹⁾ Ihering, l. c., S. 348—9.

²⁾ Ibidem, S. 349.

³⁾ Wieser, Ueber den Ursprung und die Hauptgesetze des wirtschaftlichen Werthes, S. 79.

⁴⁾ Böhm-Bawerk, „Grundzüge der Theorie des wirtschaftlichen Güterwerthes“ въ Jahrb. f. Nationalök., B. 46 (1886).

австрійской школы экономистовъ, Менгеръ, опредѣляетъ цѣнность, какъ „значеніе, которое имѣютъ для насъ конкретныя блага, или количества благъ, вслѣдствіе того, что въ удовлетвореніи своихъ потребностей мы сознаемъ зависимость отъ наличности ихъ въ нашемъ распоряженіи“¹⁾. Сущность этого воззрѣнія кратко и удачно формулирована французскимъ экономистомъ Шарлемъ Жидомъ, по опредѣленію котораго „la valeur, c'est la désirabilité“ („цѣнность, это желаемость“)²⁾.

Можно было бы привести длинный рядъ подобныхъ опредѣленій. Но для нашей цѣли это является излишнимъ. Тѣ нѣсколько опредѣленій, которыя были приведены, въ достаточной мѣрѣ обрисовываютъ взгляды современной науки на цѣнность. Для юриста, какъ и для экономиста, цѣнность есть объективированный человѣческій интересъ. Конечно, такое понятіе цѣнности, въ сущности, далеко выходитъ изъ рамокъ одной экономической науки. Неоднократно отмѣчалось, что австрійская теорія цѣнности въ существѣ своемъ принадлежитъ скорѣе психологіи³⁾. Уже въ настоящее время ея вліяніе сказывается въ самыхъ различныхъ областяхъ гуманитарныхъ наукъ. Цѣнность, о которой говоритъ эта теорія, не есть категорія исключительно экономическаго характера. Въ это понятіе входитъ всякій вообще человѣческій интересъ, связанный съ вещью; это та „цѣнность въ обширномъ смыслѣ“, о которой Визеръ говоритъ, что она присуща не только хозяйственнымъ благамъ, но также правосудію, санитарной полиціи, охранѣ личной безопасности, путямъ сообщенія, даже климатическимъ условіямъ мѣстности⁴⁾. Если вѣрно положеніе Геринга, что всякое субъективное право есть юридически защищенный интересъ, то вѣрно и то, что всякое субъективное право основано на цѣн-

¹⁾ Менгеръ, Осн. Пол. Эк., стр. 77.

²⁾ Жидъ, Полит. Экон., стр. 27.

³⁾ Diehl, Socialwissenschaftliche Erläuterungen, B. I, S. 70.

⁴⁾ Wieser, l. c., S. 199—200.

ности. Цѣнность—это какъ бы точка приложенія права, это та сторона объекта, которая интересуется право. Для права вещь или дѣйствіе, обязанность или требованіе интересны не сами по себѣ, а какъ опредѣленная цѣнность, принадлежащая данному лицу, какъ интересъ этого лица, подлежащій правовой защитѣ.

Не трудно видѣть, что это положеніе можетъ значительно облегчить задачу группировки различныхъ правъ, позволяя воспользоваться для этой цѣли той классификаціей понятія о цѣнности, которая частью уже выработана, а частью еще вырабатывается въ экономической наукѣ и въ психологіи. Съ этой точки зрѣнія намъ придется прежде всего выдѣлить тотъ видъ цѣнности, который принадлежитъ предметамъ и дѣйствіямъ съ точки зрѣнія интереса матеріальнаго, т. е. намъ придется выдѣлить прежде всего хозяйственную цѣнность. Въ области права этому виду соотвѣтствуетъ частная группа субъективныхъ правъ, именно, права имущественныя. Уже одно это даетъ апріорное основаніе думать, что отдѣльнымъ подраздѣленіямъ хозяйственной цѣнности должны соотвѣтствовать также отдѣльныя подраздѣленія имущественныхъ правъ.

Экономисты различаютъ три вида хозяйственной цѣнности: потребительную, производительную и мѣновую¹⁾. Разница между этими видами состоитъ въ различномъ способѣ извлеченія выгодъ изъ даннаго объекта. По объясненію Менгера²⁾ „потребительная цѣнность есть значеніе, приобретаемое благами для насъ благодаря тому, что они непосредственно³⁾ обеспечиваютъ намъ удовлетвореніе потребностей; мѣновая же цѣнность есть значеніе, приобретаемое благами для

1) Böhm-Bawerk, Grundzüge; его-же, Kapital, В. II, S. 145 Wieser, l. c., S. 10 f.; его-же, Der natürliche Werth; Филипповичъ, Осн. Пол. Эк., стр. 195—6. Ср. также Менгеръ, Осн. Пол. Эк., стр. 208 слл.

2) Политическая Экономія, стр. 211.

3) Курсивъ автора.

насъ, благодаря тому, что распоряженіе ими обезпечиваетъ намъ... тотъ же результатъ *косвеннымъ* ¹⁾ путемъ“ (черезъ обмѣнъ на блага, служащія для непосредственнаго удовлетворенія); къ этому нужно прибавить еще производительную цѣнность, которую можно было бы опредѣлить, какъ значеніе, приобретаемое благомъ для насъ благодаря тому, что оно служитъ *для производства* предметовъ, косвенно обезпечивающихъ намъ удовлетвореніе потребностей²⁾.

Не будемъ здѣсь останавливаться подробнѣе на экономическомъ понятіи о хозяйственной цѣнности: это завело бы насъ въ изученіе такихъ неизслѣдованныхъ вопросовъ, такихъ неразрѣшенныхъ споровъ, которые едва ли могутъ быть использованы для права при современномъ состояніи обѣихъ наукъ. Укажемъ только на одно весьма важное различіе: въ то время, какъ потребительная цѣнность не имѣетъ объективной мѣры и всегда опредѣляется только субъективнымъ сужденіемъ даннаго индивидуума въ данный моментъ, основаннымъ на непосредственномъ ощущеніи потребности—другими словами, въ то время, какъ потребительная цѣнность всегда есть цѣнность субъективная³⁾, производительная и мѣновая цѣнности способны къ извѣстной объективации. При развитомъ рыночномъ хозяйствѣ, когда каждое благо имѣетъ на рынкѣ болѣе или менѣе опредѣленную цѣну, легко создается представленіе о „способности“ этого блага обмѣниваться на извѣстныя количества другихъ, какъ о свойствѣ самаго предмета. Съ этой точки зрѣнія правъ Walras, говорящій объ объективной мѣновой цѣнности: „le phénomène de la valeur d'échange se produit sur le marché“

¹⁾ Курсивъ автора.

²⁾ По сколько плоды обезпечиваютъ удовлетвореніе потребностей непосредственно, это создаетъ не производительную цѣнность блага, дающаго эти плоды, а потребительную; см. Филипповичъ, I. с., стр. 195—6.

³⁾ Вопреки мнѣнію Филипповича, I. с., стр. 196.

(„феноменъ мѣновой цѣнности возникаетъ на рынкѣ“) ¹⁾. Понятіе объективной мѣновой цѣнности развилъ на основѣ австрійской теоріи еще Бемъ-Баверкъ. По его опредѣленію, „der Tauschwert (objectiv) ist die Fähigkeit, im Austausch ein Quantum anderer Güter zu erlangen“ („объективная мѣновая цѣнность есть способность обмѣниваться на извѣстныя количества другихъ благъ“) ²⁾. Не трудно видѣть, что всѣ эти положенія должны относиться и къ производительной цѣнности, потому что она въ конечномъ итогѣ сводится къ мѣновой цѣнности производимыхъ предметовъ; разница между этими двумя видами цѣнности приблизительно такая же, какъ между единовременной уплатой и непрерывнымъ доходомъ.

Такая способность производительной и мѣновой цѣнности къ объективации имѣетъ весьма важное значеніе для нашего вопроса. Разъ цѣнность получаетъ общую, объективную мѣру, выражаемую числомъ, не зависящую отъ индивидуальнаго сужденія, разъ она начинаетъ выражаться не только субъективнымъ сравненіемъ съ другими цѣностями, но также числомъ единицъ всеобщаго эквивалента, то отсюда становится возможнымъ абстрагировать ее отъ конкретнаго, индивидуальнаго предмета. Мы не можемъ себѣ представить внѣ мысли о конкретномъ предметѣ цѣнности потребительной, которая къ объективации неспособна. Когда мы говоримъ о потребительной цѣнности, мы всегда имѣемъ въ виду потребительную цѣнность извѣстнаго предмета. У насъ нѣтъ такой объективной скалы потребностей, которая позволила бы выражать потребительную цѣнность одной абстрактной цифрой, безъ указанія на конкретный цѣнимый предметъ и на конкретную цѣнящую личность. Въ отношеніи мѣновой и производительной цѣнности такая объективная скала вырабатывается рынкомъ въ видѣ денежной расцѣнки.

¹⁾ Walras, Elements d'écon. polit. pure, § 41, p. 44.

²⁾ Böhm-Bawerk, Grundzüge.

Поэтому, наше сознание можетъ представить себѣ мѣновую цѣнность просто въ видѣ известной цифры, известной количественной единицы, независимо отъ того, къ какому предмету эта цифра относится. То-же самое, очевидно, должно относиться и къ производительной цѣнности.

Это различіе имѣетъ чрезвычайно важное значеніе для права. Права, связанныя съ потребительной цѣнностью, всегда непремѣнно имѣютъ въ виду конкретный, индивидуально опредѣленный предметъ, потому что индивидуальность объекта является рѣшающей для самой потребительной цѣнности. Наоборотъ, права, связанныя съ мѣновой и производительной цѣнностью, могутъ въ известныхъ случаяхъ не предопредѣлять заранее объекта удовлетворенія, а обозначать его абстрактно, въ видѣ известнаго *quantum* объектовъ даннаго рода, и, въ случаѣ нарушенія законныхъ интересовъ управомоченнаго лица, предоста-вить ему денежное вознагражденіе.

Съ другой стороны, способность мѣновой и производительной цѣнности къ объективации въ видѣ опредѣленныхъ количественныхъ единицъ имѣетъ еще другое слѣдствіе, не менѣе важное для права. Тамъ, гдѣ права относятся къ опредѣленному объекту, она позволяетъ опредѣлить въ точной мѣрѣ ту часть цѣнности объекта, на которую простираются права даннаго лица. Безъ этой способности объемъ правъ по отношенію къ имущественному объекту могъ бы опредѣляться только либо всей цѣнностью объекта, либо известной дробью этой цѣнности, т. е., вообще, такой цѣнностью, которая измѣняется въ количествѣ въ зависимости отъ рыночной оцѣнки предмета въ каждый данный моментъ. Благодаря же способности мѣновой и производительной цѣнности къ объективации оказывается возможнымъ поставить интересы управомоченнаго лица внѣ зависимости отъ измѣненій рыночной оцѣнки объекта его правъ. Наряду съ правами на всю цѣнность объекта

или на опредѣленную дробь ея, появляются права на фиксированную въ количествѣ цѣнность изъ даннаго объекта.

Насъ завело бы слишкомъ далеко, если бы мы хотѣли здѣсь намѣтить тѣ послѣдствія, которыя можно вывести изъ этихъ положеній экономической науки для классификаціи права. Ограничимся только краткимъ замѣчаніемъ, что, помимо соответствія съ выводами теоретической экономіи, подобный путь классификаціи имѣлъ бы еще то преимущество передъ схемой Геринга, что здѣсь нашлось бы мѣсто не только для такъ называемыхъ „вещныхъ“ правъ, но и для „обязательственныхъ“: большинство изъ нихъ оказалось бы правами на опредѣленную въ количествѣ цѣнность (мѣновую или производительную), выраженную въ единицахъ извѣстнаго рода (денегъ при займѣ, работъ при подрядѣ, продуктовъ при поставкѣ и т. д.) безъ опредѣленнаго заранѣе индивидуальнаго объекта удовлетворенія.

Но среди правъ на цѣнность мѣновую или производительную бываютъ и такія, въ которыхъ объектъ, долженствующій служить источникомъ удовлетворенія, опредѣленъ заранѣе. Завѣщатель поручаетъ своимъ душеприказчикамъ продать опредѣленное имущество и всѣ вырученныя деньги передать такому-то благотворительному учрежденію; здѣсь для легатарія (благотворительнаго учрежденія) не возникаетъ права на вещь въ цѣломъ, а только право на мѣновую цѣнность индивидуально опредѣленной вещи. Лицо А снимаетъ въ аренду имѣніе; оно не получаетъ на имѣніе всей полноты правъ, а получаетъ только право на производительную цѣнность индивидуально опредѣленнаго объекта.

Представимъ себѣ теперь такое положеніе, при которомъ право лица на извѣстную цѣнность не только отнесено къ опредѣленному объекту, но и выражено въ опредѣленномъ числѣ единицъ—такъ, что цѣнность,

на которую имѣеть право данное лицо, не подлежитъ измѣненіямъ соразмѣрно общимъ колебаніямъ цѣнности объекта, а фиксирована разъ на всегда въ опредѣленномъ количествѣ. Если рѣчь идетъ о производительной цѣнности, это будетъ право на періодическіе платежи изъ мѣнновой цѣнности плодовъ опредѣленной вещи; если рѣчь идетъ о мѣнновой цѣнности, это будетъ право на одновременную уплату изъ мѣнновой цѣнности самой вещи. Первое отношеніе извѣстно праву германо-романскихъ народовъ подъ именемъ „ренты“; ¹⁾ второе представляетъ ту почву, на которой развивается право залога.

Такой взглядъ на природу залога стоитъ довольно близко къ воззрѣніямъ Зома. „Wir unterscheiden—говоритъ онъ—unter den Vermögensrechten zwei verschiedene Gruppen, die einen, Rechte *an* ²⁾ einem Object, und näher bestimmt, Rechte an einer *Sache* ²⁾; die anderen, Rechte *auf* ²⁾ ein Object, nämlich auf einen *Vermögenswerth* ²⁾. Jene bestehen *formell* ²⁾ in der unmittelbaren dinglichen Unterwerfung einer Sache dem Willen des Berechtigten.... Die Rechte der anderen Art bestehen in der Spannung auf einen Vermögenswerth“ ³⁾. Залогъ Зомъ относитъ ко 2-й группѣ и опредѣляетъ его слѣдующими словами: „Pfandrecht ist das mit unmittelbarer Macht über ein Object ausgerüstete Recht auf denjenigen Theil des Vermögenswerthes des-

¹⁾ См. изъ современныхъ законодательствъ Герм. Гражд. Улож., § 1199, Code civ. suisse, art. 847, и др.

²⁾ Курсивъ автора.

³⁾ „Мы различаемъ между имущественными правами 2 группы: 1) права на *обладаніе* объектомъ, именно, обозначая точнѣе, на обладаніе *вещью*; 2) права на *приобрѣтеніе* объекта, именно, на *приобрѣтеніе имущественной цѣнности*. Первая состоятъ *формально* въ непосредственномъ вещномъ подчиненіи извѣстнаго предмета волѣ управомоченнаго лица..... Вторыя выражаются въ видѣ стремленія, направленнаго на *приобрѣтеніе извѣстной имущественной цѣнности*“. Sohm, I. c., S. 9—10.

selben, der zu der Befriedigung einer dem Pfandberechtigten zustehenden Forderung hinreicht“¹⁾).

Къ сожалѣнiю, лишь немногие авторы пошли по этой дорогѣ, такъ смѣло намѣченной Зомомъ. Да и не удивительно. Съ одной стороны, взгляды Зомы представляются слишкомъ революционнымъ для тогдашнихъ юристовъ. „Es gilt—писалъ самъ Зомъ въ другой работѣ—die sicheren Küsten des römischen Rechts zu verlassen und hinauszusteuern in die weite offene See“ („пора оставить вѣрные берега римскаго права и выйти на просторъ въ открытое море“) ²⁾. Съ другой стороны, экономическая наука еще не могла дать надежнаго базиса для подобной конструкціи. Не только критика, но и сама теорія Зомы носитъ явные слѣды этого несовершенства. Его дѣленіе „правъ на вещь“ и „правъ на имущественную цѣнность“ едва ли могло бы найтись мѣсто въ современной наукѣ. Экономическая и юридическая мысль нашего времени не могла бы создать такого дѣленія. Для насъ всякое право на цѣнность опредѣленнаго объекта есть право на самый объектъ; и, обратно, всякое право на объектъ есть, какъ справедливо указалъ Иерингъ, право на защиту связаннаго съ нимъ интереса, т. е., выражаясь экономически, право на его цѣнность. Уже Экснеръ, отчасти отвергавшій мысль Зомы, а отчасти развивавшій ее дальше, предложилъ замѣнить это дѣленіе другимъ, именно, дѣленіемъ на права, связанные съ потребительной цѣнностью и права, связанные съ мѣнливой цѣнностью ³⁾, не придавая, впрочемъ, серьезнаго значенія подобной классификаціи. Изъ русскихъ ученыхъ мысль Зомы

¹⁾ „Залоговое право есть вооруженное непосредственной властью надъ объектомъ право на ту часть его имущественной цѣнности, которая достаточна для удовлетворенія принадлежащаго залогодержателю требованія“. Ibidem, S. 12—13.

²⁾ Sohm, статья въ Grünhuts Zeitschr. I, S. 280.

³⁾ Exner, l. c., S. 25—6, 29.

съ поправкой Экснера принялъ проф. Гуляевъ ¹⁾. Въ этой формѣ классификація, несомнѣнно, является гораздо болѣе приемлемой. Для полноты въ нее слѣдовало бы внести еще права, связанныя съ производительной цѣнностью.

Однако, несовершенство тогдашней экономической науки сказалось на критикахъ теоріи Зома, въ томъ числѣ и на критикѣ самого Экснера, едва ли не болѣе, чѣмъ на самой теоріи. Главное принципиальное возраженіе, выдвинутое противъ Зома—это что цѣнность не есть свойство вещей, а только субъективное отношеніе къ вещи со стороны нашего сознанія, и что, слѣдовательно, „право на цѣнность“ составляетъ *nonsens* ²⁾. Это возраженіе было довольно правильно для того времени, къ которому оно относится хронологически. Въ половинѣ прошлаго вѣка, дѣйствительно, нѣмецкая экономическая теорія знала только цѣнность субъективную. По Фридлиндеру „цѣнность есть познанное человѣческимъ сужденіемъ отношеніе, въ которомъ вещь можетъ стать средствомъ для достиженія цѣли, заслуживающей стремленія“ ³⁾. По Шеффле „цѣнность есть то значеніе, которое благо, вслѣдствіе своей пригодности, имѣетъ для экономическаго цѣлесознанія хозяйствующей личности“ ⁴⁾, или, въ другомъ мѣстѣ, „цѣнность—это мѣра полезности, существующая въ человѣческой оцѣнкѣ, значеніе благъ для хозяйственнаго сознанія“ ⁵⁾. Если экономистъ Лотцъ могъ сказать: „въ природѣ вещей лежитъ причина того, что о благахъ и о вещахъ, имѣющихъ цѣнность, можетъ быть рѣчь только въ субъективномъ смыслѣ“ ⁶⁾, то тѣмъ

¹⁾ Гуляевъ, Русск. Гражд. Право, стр. 175.

²⁾ Exner, l. c., S. 33 - 4.

³⁾ Friedländer, статья „Theorie des Werthes“ въ *Dorpater Univ. Progr.* 1852, S. 48.

⁴⁾ Schäffle, статья въ *Tübing. Universitätsschr.*, 1862, S. 10.

⁵⁾ Schäffle, *Das gesellschaftliche System*, S. 8.

⁶⁾ Lotz, *Revision der Grundbegriffe*, B. I, S. 37.

позволительнѣе было думать такъ юристамъ. Само собою понятно, что такое понятіе о цѣнности не могло играть значительной роли въ правовой системѣ. Съ одной стороны, цѣнность не совсѣмъ могла отождествляться съ тѣмъ человѣческимъ „интересомъ“, который служитъ непосредственной основой субъективныхъ правъ; съ другой стороны, понятію о цѣнности недоставало объективизма, чтобы цѣнность могла рассматриваться, какъ точка приложенія права, какъ его непосредственный объектъ. Велика сила научной мысли Геринга, сѣумѣвшего даже при такомъ возрѣніи на цѣнность найти для этого понятія мѣсто въ своей системѣ; но нельзя отрицать извѣстной правоты тѣхъ критиковъ, которые смотрѣли скептически на возможность существованія „права на цѣнность“.

Однако, это возраженіе само собою теряетъ силу благодаря установленію въ наукѣ понятія о „цѣнности въ объективномъ смыслѣ“. Цѣнность вещи въ объективномъ смыслѣ—это даже не столько ея свойство, сколько мѣсто, занимаемое ею въ общественномъ хозяйствѣ, извѣстная экономическая единица, представляемая данной вещью. Цѣнность въ объективномъ смыслѣ—это коллективная желаемость вещи въ данной общественной средѣ, это то социальное значеніе блага, вслѣдствіе котораго становится возможнымъ извлеченіе изъ него выгодъ въ видѣ эквивалентовъ. Для современной науки вполнѣ мыслимо понятіе о „правѣ на цѣнность“: это право на извлеченіе выгодъ изъ вещи, тотъ юридически защищенный интересъ, который Герингъ клалъ въ основу своей системы.

Поэтому, нельзя не признать, что основная мысль Зома не была „ein energischer Fehlgriff“, какъ выразился о ней Беккеръ,¹⁾ а была, наоборотъ, глубокой идеей, далеко опередившей науку своего времени. Можно надѣяться, что въ наше время, характеризую-

¹⁾ Bekker, статья „Ueber Sohm's Lehre vom Subpignus“ въ Pözl's Krit. Vierteljahrschr. VI, S. 489.

щееся стремленіемъ къ отысканію внутренней связи между отдѣльными социальными науками, идея Зома займетъ подобающее мѣсто въ теоріи права. Конечно, она должна будетъ при этомъ подвергнуться тѣмъ измѣненіямъ, которыя вытекаютъ изъ современнаго состоянія экономическихъ знаній.

Къ сожалѣнію, того же нельзя сказать о предложенномъ Зомомъ опредѣленіи залога. Это опредѣленіе страдаетъ настолько значительными техническими недостатками, что оно, кажется, нуждается въ полной переработкѣ.

Прежде всего, Зомъ, говоря въ своемъ опредѣленіи объ „имущественной“ цѣнности, не опредѣляетъ точно этого понятія. „Имущественной“ является, собственно говоря, всякая хозяйственная цѣнность. Между тѣмъ, далеко не всякая цѣнность есть объектъ современнаго залогового права. Въ исторіи залога мы видѣли формы, гдѣ залоговое право было направлено на всю вещь въ цѣломъ, т. е. на ея потребительную, производительную и мѣновую цѣнность; но въ современномъ правѣ залоговыя права кредиторовъ всегда направляются на мѣновую цѣнность. Даже въ тѣхъ случаяхъ, когда закладывается предметъ, имѣющій такъ называемую „эмоціональную цѣнность“ („Affections-werth“), напримѣръ, портретъ, фамильная бездѣлушка и т. д., права залогодержателя простираются только на цѣнность мѣновую. Единственнымъ его правомъ по отношенію къ заложенному объекту является право отчужденія, т. е. право реализаціи объективной мѣновой цѣнности; вся разница между залогомъ предмета, имѣющаго „эмоціональную цѣнность“ и не имѣющаго ея, состоитъ въ тяжести утраты для залогодателя. Большинство изслѣдователей признаетъ право на обращеніе заложеннаго объекта въ денежную цѣнность характернѣйшей чертой залогового права вообще ¹⁾. По

¹⁾ Ср., напр., Dernburg, Pand. I, § 261, S. 634; Puchta, Pand. §§ 193 и 205; Keller, Pand., § 190, n. 1; Unger, Oesterr. allgemeines Privatrecht, B. I, S. 530.

имѣнію Экнера, „fragen wir, wodurch die rechtliche Macht des Pfandgläubigers sich von jeder andern unterscheidet, so müssen wir sagen: es ist die ausschliessliche Richtung dieser Macht.... auf den Tauschwerth ihres Gegenstandes. Das Recht auf Verwerthung dessellen und sohin auf Aneignung des Erlöses macht den charakteristischen Kern des Pfandrechts aus“ („если мы спросимъ, чѣмъ отличается правомочіе залогодержателя отъ всякаго другого, то должны будемъ сказать: исключительнымъ направленіемъ его власти.... на мѣновую цѣнность объекта. Право на реализацію его цѣнности и затѣмъ на присвоеніе выручки составляетъ характерную черту залогового права“) ¹⁾). Бремеръ, Экнеръ и нѣкоторые другіе авторы настолько послѣдовательно проводятъ эту точку зрѣнія, что отказываются признать fiducia и древнѣйшія pignus (до развитія jus distrahendi) за формы залога, а считаютъ ихъ предварительными стадіями, предшествовавшими возникновенію истиннаго залогового права ²⁾). Позволительно думать, что это крайность; но, во всякомъ случаѣ, въ современномъ правосознаніи *залогъ есть право на мѣновую цѣнность даннаго объекта.*

Вторая характерная черта залога, это количественная опредѣленность той цѣнности, на которую можетъ претендовать залогодержатель. По ипотечнымъ законодательствамъ запада залогъ можетъ быть внесимъ въ ипотечную книгу только въ опредѣленной суммѣ. Германское Гражданское Уложеніе включаетъ даже этотъ признакъ въ опредѣленіе залога, опредѣляя ипотеку, какъ „обремененіе недвижимаго имѣнія, дѣлающее его источникомъ удовлетворенія *въ опредѣленной денежной суммѣ*“....³⁾), а вотчинный долгъ (Grundschuld), какъ „обремененіе недвижимаго имѣнія, въ силу коего лицу, въ пользу котораго установлено обремененіе, должна быть уплачена *опредѣленная де-*

¹⁾ Exner, l. c. S. 25.

²⁾ Bremer, c., S. 3 ff., 13; Exner, l. c., S. 26—9.

³⁾ § 1113.

нежная сумма изъ участка“¹⁾. Такъ же и по Швейцарскому Гражданскому Уложенію „залогъ недвижности можетъ быть установленъ только въ пользу опредѣленнаго требованія, размѣры коего указаны въ швейцарской монетѣ. Если требованіе является неопредѣленнымъ, стороны указываютъ точную сумму, представляющую maximum отвѣтственности недвижимаго имущества“²⁾. У насъ, согласно проекту Гражданскаго Уложенія, „залогъ можетъ быть установленъ только въ опредѣленной суммѣ“³⁾. Наше дѣйствующее право относительно залога по договорамъ съ казной указываетъ прямо, что закладываемое имущество принимается въ залогъ въ опредѣленной суммѣ⁴⁾, а относительно залога между частными лицами, хотя не требуетъ опредѣленности суммы *explicite*, но, очевидно, предполагаетъ ее. По 1644 ст. т. X. ч. I „если въ обезпеченіе какого-либо долга отдаются въ залогъ нѣсколько отдѣльныхъ имѣній... то на каждое изъ сихъ имѣній совершается особый закладной актъ съ означеніемъ, какая именно сумма обезпечивается тѣмъ имѣніемъ. Впрочемъ, по обоюдному желанію заимодавца и закладчика можетъ быть совершаемъ и одинъ общій о залогѣ нѣсколькихъ имѣній актъ, но съ тѣмъ однако же, чтобы въ закладной было съ точностью означено: въ обезпеченіе какой части долга принимается каждое изъ сихъ отдѣльныхъ имѣній“. Требованіе это настолько безусловно что, согласно той же статьѣ, „установленія, гдѣ совершаются на недвижимыя имѣнія закладныя, вмѣняется въ обязанность не утверждать сихъ актовъ, если они составлены не на точномъ основаніи изложенныхъ здѣсь правилъ“. Само собою разумѣется, что точное распредѣленіе долга между отдѣльными частями залога предполагаетъ, въ качествѣ необходи-

1) § 1191.

2) Art. 794.

3) Ст. 290 кн. III.

4) См. объ этомъ ниже, въ слѣд. главѣ.

мой предпосылки, количественную определенность всего долга. Прежде, по формѣ закладной, составлявшей приложение къ 1643 ст. Зак. Гражд. и исключенной въ изд. 1900 года, законъ требовалъ прямо такой определенности. Зомъ считаетъ залогъ „правомъ на ту часть цѣнности объекта, которая достаточна для удовлетворенія принадлежащаго залогодержателю требованія“. Это определеніе не совсѣмъ точно: подъ него не могла бы подойти такъ называемая Cautionshypothek ¹⁾ (у насъ залогъ по договорамъ съ казной, по соло-векселямъ въ въ Государственномъ Банкѣ, по специальнымъ текущимъ счетамъ, залогъ нотариусовъ и судебныхъ приставовъ въ обезпеченіе требованій, могущихъ произойти изъ служебныхъ упущеній), потому что въ этомъ случаѣ залоговая отвѣтственность измѣряется заранѣе определенной суммой, внѣ зависимости отъ дѣйствительныхъ размѣровъ долга къ моменту расчета или взысканія (этими послѣдними опредѣляется лишь та сумма, которую залогодержатель получаетъ въ дѣйствительности для своего удовлетворенія) ²⁾. Съ другой стороны, воззрѣніе Зомы не могло бы объяснить правъ

¹⁾ Ср. Германское Гражд. Улож. § 1115 ч. 1, § 1190

²⁾ Проектъ Вотчиннаго Устава въ ст. 51 опредѣляетъ Cautionshypothek, или, по терминологіи составителей, „кредитный залогъ“, какъ „залогъ, устанавливаемый въ обезпеченіе такихъ требованій, сумма которыхъ не опредѣлена, или которые могутъ возникнуть лишь въ будущемъ изъ какого-либо договора или иныхъ отношеній сторонъ“. Но, согласно справедливому замѣчанію Кассо (Понятіе о залогѣ, стр. 404), неизвѣстность суммы требованія и возможность частичнаго возникновенія его въ послѣдствіи присущи до извѣстной степени всякому залогу въ виду, съ одной стороны, возможности уплаты по частямъ, а съ другой стороны, наростанія процентовъ; особенно трудно было бы отличить Cautionshypothek отъ амортизаціоннаго залога въ земельныхъ банкахъ. Поэтому, мы остановились на другомъ признакѣ—на *независимости* размѣровъ залоговой отвѣтственности отъ размѣровъ требованія, на томъ, что величина первой *не измѣняется* соотвѣтственно измѣненіямъ въ величинѣ второго.

залогодержателя на одинаковое съ капитальной суммой обезпеченіе процентовъ за извѣстный срокъ (обыкновенно 1 годъ, 2 года или 3 года), признанныхъ большинствомъ законодательствъ. Такъ какъ право залогодержателя на проценты вытекаетъ изъ условій договора, устанавливающаго его право требованія вообще, и качественно не измѣняется отъ того, за сколько времени проценты не уплачены, то пришлось бы признать одно изъ двухъ: либо что проценты совсѣмъ не подлежатъ залоговому обезпеченію, либо что они необходимо должны пользоваться одинаковымъ обезпеченіемъ съ капитальной суммой, независимо отъ количества неплаченныхъ процентовъ.

По этимъ соображеніямъ, было бы, кажется, всего правильнѣе сказать въ общей формѣ, что залогъ есть право на *количественно-опредѣленную мѣновую цѣнность*.

Нужно замѣтить, что цѣнность, на которую простираются права залогодержателя, является опредѣленной не только въ количествѣ, но и въ порядкѣ. Закладывая данное имущество, залогодатель не утрачиваетъ окончательно правъ на его мѣновую цѣнность, а только ограничиваетъ ихъ разностью между предполагаемой рыночной цѣной и опредѣленно извѣстной суммой залога. Отсюда—возможность дальнѣйшихъ залоговыхъ обремененій¹⁾; отсюда же возникновеніе отгѣтокъ о предстоящемъ залогѣ и ихъ логическаго завершенія, ипотеки собственника, какъ права собственника уступить не первую по порядку часть мѣновой цѣнности, а одну изъ послѣдующихъ; наконецъ, отсюда же право каждого предыдущаго залогодержателя на преимущественное передъ слѣдующими удовлетвореніе. Тѣ опредѣленія, которыя упускаютъ этотъ факторъ (въ

¹⁾ Характерно, что при первомъ появленіи права на дальнѣйшій залогъ въ германскомъ мѣрѣ съ развитіемъ *neue Satzung*, въ послѣдующихъ закладныхъ писалось, что закладывается „*id, quod melior est*“ по отношенію къ предыдущимъ.

томъ числѣ и опредѣленіе Зема), лишаютъ насъ возможности объяснить самыя характерныя черты современнаго залога. Придерживаясь ихъ, мы бы должны были либо отрицать возможность нѣсколькихъ послѣдовательныхъ залоговъ, либо вернуться къ залогоупоручительству Псковской Судной Грамоты, по которому все залогодержатели получали соразмѣрное удовлетвореніе при взысканіи, такъ какъ все имъ принадлежало одинаковое по характеру право на опредѣленную цѣнность изъ даннаго объекта ¹⁾. Для современнаго права, говоря о залогѣ, какъ правѣ на опредѣленную цѣнность изъ объекта, необходимо всегда помнить, что она является опредѣленной *въ количествѣ и въ порядкѣ*.

Обыкновенно въ опредѣленія залога включаютъ еще одну черту, именно, его акцессорный характеръ. Огромное большинство опредѣленій подчеркиваетъ тотъ моментъ, что залогъ есть право, обезпечивающее какое-либо требованіе залогодержателя, и что право на взысканіе, на реализацію мѣншой цѣнности объекта, наступаетъ только въ случаѣ неудовлетворенія требованія. Едва ли съ этимъ возрѣніемъ можно согласиться во всемъ его объемѣ. Мекленбургская ипотека и прусская Grundschuld показали примѣръ самостоятельнаго залога, не сопровождающаго никакого личнаго требованія. Въ настоящее время даже такой послѣдовательный сторонникъ романистическихъ возрѣній на залогъ, какъ Дернбургъ, пишетъ: „Est ist zuzugeben, dass die Konstruktion des selbstständigen Pfandrechtes sehr wohl denkbar ist. Sie findet sich in deutschen Partikularrechten, mehr oder minder ausgebildet. Ein solches Pfandrecht lässt sich definiren als die dingliche Berechtigung, durch Verwerthung der Pfandsache eine bestimmte Geldsumme in unser Vermögen zu bringen“ („слѣдуетъ признать, что построеніе самостоятельнаго залогового пра-

¹⁾ См. выше, стр. 22.

ва вполнѣ мыслимо. Въ нѣмецкихъ партикулярныхъ законодательствахъ мы встрѣчаемъ его въ болѣе или менѣ развитомъ видѣ. Такое залоговое право можетъ быть опредѣлено, какъ вещное право на приобретѣніе извѣстной суммы путемъ обращенія заложенной вещи въ денежную цѣнность¹⁾). Даже въ случаяхъ акцессорной ипотеки залогодержатель, по большинству западно-европейскихъ законодательствъ, можетъ требовать и взыскивать съ заложеннаго имущества слѣдующую сумму не только въ срокъ при неудовлетвореніи, но также до срока при неуплатѣ процентовъ. Этотъ случай лишь съ большими натяжками можетъ быть подведенъ подъ понятіе „права достигнуть удовлетворенія изъ вещи, если обязательство не будетъ исполнено въ опредѣленный срокъ“²⁾; не трудно видѣть, что, по смыслу этого опредѣленія, ни уплата процентовъ не есть исполненіе обязательства, ни срокъ ихъ уплаты не есть тотъ срокъ, къ которому относится постановленіе; наконецъ, и самое „удовлетвореніе“, взысканіе капитальной суммы, совершенно не соотвѣтствуетъ нарушенію договора, допущенному должникомъ, т. е. неуплатѣ процентовъ. Еще болѣе противорѣчить упомянутому воззрѣнію на залогъ право залогодержателя на досрочное взысканіе капитальной суммы въ случаѣ обезцѣненія заложеннаго имущества³⁾ и связанное съ нимъ право остановить своимъ вмѣшательствомъ обезцѣнивающія распоряженія собственника⁴⁾. Право активного вмѣшательства въ дѣйствія собственника и досрочнаго требованія уплаты при неудачѣ этого вмѣшательства доказываетъ съ несомнѣнностью, что права

¹⁾ Dernburg, Pand. I. § 261, S. 635. Другого мнѣнія проф. Шершеневичъ, отрицающій за Grundschuld залоговой характеръ. См. его Учебникъ Русск. Гражд. Права, стр. 348.

²⁾ Ср. опредѣленіе залога въ Австр. Гражданск. Улож., § 447.

³⁾ См., напр., Герм. Гражд. Улож., § 1133.

⁴⁾ Герм. Гражд. Улож., §§ 1134, 1135; Civilprozessordnung, § 935 ff.; ср. Code civil suisse, art. 808.

залогодержателя на мѣновую цѣнность существуютъ въ теченіе всего времени дѣйствія договора, независимо отъ исполненія или неисполненія обезпечиваемаго требованія. Эти права зависятъ отъ неисполненія обязательства развѣ только въ томъ смыслѣ, что подобное неисполненіе есть одинъ изъ поводовъ для приведенія ихъ въ активное процессуальное состояніе, одинъ изъ поводовъ для вчинанія иска. То же самое подтверждается и изъ другого случая досрочнаго взысканія; именно, нѣкоторыя западно-европейскія законодательства признають, что въ случаѣ аукціонной продажи по взысканію кого-либо изъ залогодержателей закладныя всѣхъ послѣдующихъ залогодержателей не преводятся на покупателя, а немедленно погашаются изъ покупной суммы ¹⁾. Этотъ случай, какъ и предыдущій, едва ли могъ бы имѣть мѣсто, если бы залогъ былъ только обезпеченіемъ требованія. Тогда имѣло бы столь же мало смысла взыскивать досрочно долгъ при обезцѣненіи или аукціонной продажѣ заложенной вещи, какъ при несостоятельности поручителя. Наконецъ, возрѣнію на залогъ, какъ на право акцессорное, подобно поручительству, противорѣчить еще отрицаніе въ современномъ правѣ возможности для залогодателя такъ называемой *exemptio excussionis*. Какъ извѣстно, поручитель, въ случаѣ обращенія на него взысканія, можетъ требовать, чтобы оно было направлено сначала на главнаго должника; что же касается залогодателя, то при залогѣ за чужой долгъ большинство западно-европейскихъ законодательствъ предоставляетъ кредитору свободный выборъ между личнымъ искомъ къ должнику и вещнымъ къ залогодателю, а при залогѣ за собственный долгъ нѣкоторыя даже предоставляютъ должнику право требовать, чтобы взысканіе было обращено сначала на заложенный объектъ, и лишь въ слу-

¹⁾ Ср. ниже, въ гл. VII.

чаѣ недостаточности послѣдняго предоставляютъ кредитору дополнительный личный искъ ¹⁾).

Всѣ эти обстоятельства заставляютъ думать, что залогъ въ современномъ правѣ не есть, какъ поручительство, простая гарантія удовлетворенія на случай неисполненія обязательства, а предоставляетъ кредитору до извѣстной степени самостоятельныя права на мѣновую цѣнность заложенного объекта.

Обращаясь къ русскому праву, мы увидимъ здѣсь еще болѣе яркіе признаки самостоятельности залога. По 1 п. 510 ст. т. XVI ч. II Зак. о Суд. Гражд. „закладныя на движимыя и недвижимыя имущества и домовыя заемныя письма, залогомъ обезпеченныя, по коимъ сохранены всѣ предписанныя правила, удовлетворяются всею должною суммою съ процентами изъ заложенного и просроченнаго имѣнія“. Такъ же и по 626 ст. Зак. о Суд. Гражд. „удовлетвореніе по закладной всею должною суммою съ процентами производится всегда изъ заложенного и просроченнаго имущества“. По ст. 40, 45, 2148, 2149 и 2155 т. X. ч. II изд. 1857 г. и по ст. 315 т. XVI ч. II Полож. о Взыск. Гражд. изд. 1892 г. залогодержатель, въ случаѣ, если высшая цѣна, предложенная на торгахъ, не покрываетъ его долга, можетъ либо удовлетвориться вырученной суммой, либо укрѣпить имѣніе за собою по закладной, но не имѣетъ права на дополнительное личное взысканіе съ должника. Согласно неоднократнымъ разъясненіямъ Правительствующаго Сената, всѣ эти нормы, какъ относящіяся по существу къ матеріальному праву, остаются въ силѣ и по введеніи Судебныхъ Уставовъ (см., напр., рѣш. Гражд. Касс. Деп. 1881 г.

¹⁾ Въ правѣ западно-европейскихъ государствъ есть одинъ случай, гдѣ дополнительное взысканіе залогодержателя, вообще, не допускается: это бодмерея. Но эта сдѣлка, какъ увидимъ въ слѣдующей главѣ, находится въ такихъ исключительныхъ условіяхъ, что мы не рѣшаемся пользоваться ею для подтвержденія своей мысли.

№ 127 по д. Китросскаго и Трохиныхъ, 1877 г. № 59 по д. Зафириди и Власопуло, 1875 г. № 906 по д. Арпстархова, 1880 г. № 143 по д. Быкова, 1880 г. № 187 по д. Видѣньева съ Анненковымми и др.). Такого же взгляда придерживается и большинство нашихъ теоретиковъ, именно, Анненковъ ¹⁾, Побѣдоносцевъ ²⁾, Кавелинъ ³⁾, Кассо ⁴⁾, Гантоверъ ⁵⁾, Марковъ ⁶⁾, Шершеневичъ ⁷⁾, Васьковскій ⁸⁾ и др. Это ограниченіе отвѣтственности однимъ только заложеннымъ имуществомъ приближаетъ нашъ залогъ къ характеру Grundschild; какъ справедливо замѣчаетъ Гантоверъ, оно совершенно не совмѣстимо съ акцессорнымъ характеромъ залоговой сдѣлки, такъ какъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ не только не увеличиваетъ обезпеченія залогодержателя, а, наоборотъ, даже уменьшаетъ его. Такимъ образомъ, по общему правилу нашего закона, требованіе по закладной, имѣя передъ обязательственнымъ требованіемъ качественное преимущество при взысканіи, оказывается болѣе узкимъ въ отношеніи количества доступныхъ взысканію объектовъ. Это свойство залога, съ одной стороны увеличивающее обезпеченіе кредитора, а съ другой стороны уменьшающее его, позволяетъ разсматривать залогъ не какъ обезпечительную прибавку къ главному договору, а какъ установленіе самостоятельнаго права, самостоятельнаго требованія объ определенной мѣншовой цѣнности изъ даннаго объекта. Такъ и разсматриваетъ его нашъ законъ. Залогъ по нашему

¹⁾ Анненковъ, Сист. Русск. Гражд. Пр., т. III, стр. 372—8.

²⁾ Курсъ Гражд. Пр., т. I, стр. 593.

³⁾ Права и обязанности, стр. 145.

⁴⁾ Понятіе о залогѣ, стр. 363 и др.

⁵⁾ Залоговое Право, стр. 50, 93 слл.

⁶⁾ Статья „Ипотечная система и законодательныя работы по введенію ея въ Россіи“ въ Журн. Гр. и Торг. Пр., 1872 г. кн. 11, стр. 242.

⁷⁾ Учебникъ Русск. Гр. Права, стр. 361.

⁸⁾ Учебникъ Гражд. Права, вып. II, стр. 187.

праву не совершается въ видѣ отдѣльнаго обеспечительнаго договора, а непосредственно сливается съ обеспечиваемой сдѣлкой, обращая требованіе, вытекающее изъ этой сдѣлки, на закладываемое имущество. Такой взглядъ на совершеніе залога въ законѣ даже подавъ Змирлову поводъ думать, что въ тѣхъ случаяхъ, когда обеспечиваемый договоръ предшествовалъ залогу, послѣдній представляетъ новацію отношеній ¹⁾). По 1649 ст. Зак. Гражд. „исполненіе по закладной крѣпости производится платежемъ отъ должника заимодавцу всѣхъ должныхъ по закладной денегъ въ срокъ, оною постановленный“. Такимъ образомъ, нашъ законъ не раздѣляетъ правъ по обеспечиваемому обязательству и по обеспечивающему залогу, а сливаетъ ихъ подъ одной рубрикой, считая уплату по обязательству „исполненіемъ по закладной крѣпости“. Въ этомъ также сказывается взглядъ на залогъ, какъ на право не акцессорное, а самостоятельное, обнимающее и соотвѣтственнымъ образомъ измѣняющее то требованіе, которое принадлежитъ залогодержателю. Общее теоретическое выраженіе 568 ст. рѣзко подчеркиваетъ въ принципиальной формѣ самостоятельность залоговой сдѣлки. По этой статьѣ „обязательства или содержатся въ самыхъ тѣхъ договорахъ, изъ коихъ они происходятъ, таковы суть: договоры найма, подряда, поставки и тому подобное; или состояются въ видѣ отдѣльномъ по предшествовавшему договору письменному или словесному, таковы суть: закладныя, заемныя письма и тому подобныя“. При всей неудовлетворительности редакціи этой статьи ²⁾, ея основную мысль, все же, возможно разобрать. Она сводится къ тому, что одни обязательства, основанныя непосредственно на „договорѣ“, т. е., правильнѣе, на личной *causa debendi*, нахо-

¹⁾ „Недостатки нашихъ гражд. зак.“ въ Ж. Гр. и Уг. Пр. за 1885 г., № 7.

²⁾ См. Змирловъ, 1. с.

дятся съ нею въ непосредственной связи, а другія устанавливаются „отдѣльно“, т. е. въ абстрактной формѣ, абсолютно, безъ юридической связи съ *causa debendi* ¹⁾). Такое значеніе группировки вполнѣ подтверждается содержаніемъ 2015 ст. Статья эта воспрещаетъ споры о безденежности противъ причисленныхъ ко 2-й группѣ заемныхъ писемъ, признавая за ними такимъ образомъ абсолютную силу въ качествѣ абстрактнаго обѣщанія уплаты. Такое же абстрактное значеніе приписываетъ 568 ст. и закладнымъ. Хотя Сенатъ въ рѣш. Гражд. Касс. Деп. 1888 № 70 воспротивился распространенію на закладныя запрещенія 2015 ст., но этотъ взглядъ расходится съ историческими источниками названной статьи. Нормы банкротскаго устава, изъ которыхъ она почерпнута, говорятъ какъ о крѣпостныхъ заемныхъ письмахъ, такъ и о закладныхъ; и едва-ли этотъ законъ могъ быть отмѣненъ въ одной части въ кодификаціонномъ порядкѣ. Было бы, кажется, правильнѣе признать, что по нашему праву залогъ въ принципѣ устанавливается совершенно абстрактно, въ качествѣ не связаннаго съ личной *causa debendi* условнаго права на извѣстную цѣнность ²⁾). Нашъ дѣйствующій законъ говоритъ о залогѣ въ нѣкоторыхъ такихъ случаяхъ, гдѣ объ отдѣльномъ требованіи залогодержателя, кромѣ условнаго права на цѣнность залога, не можетъ быть и рѣчи. Такой характеръ носить залогъ, напримѣръ, въ Уст. Угол. Суд. въ качествѣ мѣры пресѣченія обвиняемому способовъ уклоненія отъ суда и слѣдствія ³⁾; такой же характеръ носить залогъ на торгахъ, встрѣчающійся какъ въ различныхъ частяхъ Свода Законовъ, такъ и въ уставахъ земельныхъ банковъ ⁴⁾; наконецъ, къ той же группѣ относится и залогъ кас-

¹⁾ Иное объясненіе у Винавера, Изъ области цивилистики, стр. 18—21.

²⁾ Ср. Кассо, Понятіе о залогѣ, стр. 363—5.

³⁾ Уст. Угол. Суд., ст. 416 и 423.

⁴⁾ См., напр., Уст. Гос. Зем. Банка, ст. 33—4 приложения къ ст 78.

сационный ¹⁾). Во всѣхъ этихъ случаяхъ не только залогодержатель можетъ взыскивать лишь съ заложенного объекта, но и въ принципѣ его требованіе сводится только къ условному праву на цѣнность этого объекта.

Существуетъ въ нашемъ законѣ обширная группа случаевъ залога, гдѣ, кромѣ отвѣтственности заложенного имущества, возникаетъ и личная отвѣтственность должника. Мы говоримъ главнымъ образомъ о залогахъ по договорамъ съ казною. Конечно, по этимъ залогамъ буквальный смыслъ закона не позволяетъ отрицать дополнительнаго взысканія залогодержателя. Однако, едва ли можно на основаніи этихъ правилъ утверждать, что въ русскомъ правѣ залогъ имѣетъ кцессорный характеръ. Прежде всего, всѣ эти законы о залогѣ по договорамъ съ казною составляютъ, вопреки мнѣнію Змирлова ²⁾, законы частные. Буквальный текстъ 1588 и 1654 ст. Зак. Гражд. гласитъ: „*Особыя правила* о залогахъ недвижимаго имущества и закладахъ движимаго имущества по договорамъ съ казною изложены въ Положеніи о казенныхъ подрядахъ и поставкахъ“. Во-вторыхъ, даже въ этихъ частныхъ законахъ законодатель не вездѣ допускаетъ характерную для акцессорности *exceptio excussionis*. По статьямъ 511 и 512 Зак. о Суд. Гражд. казенныя взысканія должны быть удовлетворены прежде всего изъ залоговъ, и лишь въ случаѣ недостаточности послѣднихъ могутъ быть обращаемы на остальное имущество должника. Полож. о Каз. Подр., ограничивъ примѣненіе этого правила при залогѣ имущества, не принадлежащаго должнику (ст. 220), подтверждаетъ его для тѣхъ случаевъ, когда имущество закладывается за собственный долгъ (ст. 221).

¹⁾ Уст. Гражд. Суд., ст. 800; Уст. Угол. Суд., ст. 177.

²⁾ См. Змирловъ, I с., стр 83.

Остальные признаки самостоятельности правъ залогодержателя, отмѣченные выше для западно-европейскаго права, также можно найти и въ нашемъ правѣ. Взысканіе капитальной суммы при неуплатѣ въ срокъ процентовъ встрѣчается въ уставахъ Государственнаго Дворянскаго Земельнаго Банка ¹⁾, Крестьянскаго Поземельнаго Банка ²⁾ и всѣхъ частныхъ учреждений ипотечнаго кредита ³⁾; практика не возбуждала сомнѣній относительно его правильности и при залогѣ между частными лицами ⁴⁾. Наконецъ, досрочное взысканіе вслѣдствіе уменьшенія цѣнности заложеннаго имущества встрѣчается относительно недвижимостей во всѣхъ только что упомянутыхъ банковыхъ уставахъ ⁵⁾ и разрѣшенъ ипотечнымъ банкамъ въ видѣ общаго правила Высочайше утвержденнымъ 22 октября 1877 г. мнѣніемъ Государственнаго Совѣта, независимо даже отъ того обстоятельства, произошло ли обезцѣненіе по винѣ собственника; въ отношеніи движимостей такое досрочное взысканіе извѣстно Уст. Гос. Банка ⁶⁾, Пол. о город. обществ. банкахъ ⁷⁾ и уставамъ всѣхъ частныхъ торгово-промышленныхъ банковъ.

Исходя изъ этихъ соображеній, позволительно думать, что въ современномъ правѣ, какъ западно-европейскомъ, такъ и рускомъ, залогъ не служитъ исключительно гарантіей на случай неисполненія личнаго обязательства. Особенно нельзя проводить такого воззрѣнія по отношенію къ Россіи, гдѣ залоговая „гарантія“ можетъ при извѣстныхъ условіяхъ даже съузить права кредитора на удовлетвореніе. Но самостоятель-

¹⁾ Ст. 78.

²⁾ Ст. 93.

³⁾ Напр., Уст. Кіев. Зем. Банка, § 19.

⁴⁾ См., напр., Гражд. Касс. Деп. 1877 г. № 299.

⁵⁾ Уст. Гос. Двор. Зем. Б., ст. 85; Уст. Кіевск. Земельн. Банка, § 12.

⁶⁾ Ст. 133.

⁷⁾ Ст. 93, прим.

ный характеръ залога, такъ рѣзко выраженный у насъ благодаря тому, что наше право избѣгло рецепціи римскихъ началъ, въ теченіе послѣдняго вѣка все болѣе и болѣе завоевываетъ себѣ мѣсто также на Западѣ.

Однако, будучи правомъ самостоятельнымъ по существу, залоговое право, тѣмъ не менѣе, является условнымъ въ смыслѣ своего осуществленія. Залогодержатель не можетъ реализовать своего права на мѣновую цѣнность объекта столь же свободно, какъ это дѣлаетъ собственникъ. Онъ можетъ приступить къ продажѣ заложенного объекта, доступной ему только въ видѣ понудительнаго взысканія, при неудовлетвореніи въ срокъ, при неуплатѣ процентовъ, при обезцѣненіи вещи, вообще, при наступленіи извѣстныхъ условій, но никакъ не по одному только своему произволу. Даже при Grundschuld, не опирающейся на какое-либо постороннее обязательство, взысканіе можетъ быть направлено на залогъ лишь въ томъ случаѣ, если собственникъ по обращенному къ нему требованію не уплатитъ искомой суммы); даже при залогѣ въ уголовномъ или въ кассационномъ судѣ право залогодержателя на взысканіе наступаетъ лишь въ случаѣ опредѣленныхъ дѣйствій залогодателя или лица, за которое представленъ залогъ (уклоненія отъ суда и слѣдствія, неосновательной кассационной жалобы). И въ этихъ случаяхъ, гдѣ право залога достигаетъ наибольшей самостоятельности, оно все-таки остается правомъ *условно осуществляемымъ*.

Конечно, всѣ указанные элементы залога имѣютъ такія очертанія только въ современномъ правѣ. Въ теченіе историческаго развитія залога бывали самыя разнообразныя формы, гдѣ эти элементы часто комбинировались въ совершенно иномъ видѣ. Но для совре-

1) Ср. Stobbe. Handbuch d. deut. Privatrechts, B. II, § 109, п. 15, S. 303—4.

меннаго права, кажется, было бы довольно вѣрно слѣдующее опредѣленіе:

право залога есть условно осуществляемое право на опредѣленную въ количествѣ и въ порядкѣ мѣнговую цѣнность извѣданнаго и имущества объекта.

Подобнымъ опредѣленіемъ залога, думается, была бы болѣе или менѣе достигнута цѣль найти единую природу залогового права, не измѣняющую своей сущности во всѣхъ видахъ залога. Закладъ требованій, доставляющій столько затрудненій романистамъ, легче объяснился бы съ этой точки зрѣнія. Мы не будемъ останавливаться здѣсь подробно на ученіи экономистовъ о благахъ. Скажемъ только, что, по мнѣнію столь авторитетныхъ ученыхъ, какъ Менгеръ ¹⁾, Бемъ-Баверкъ ²⁾, Рошеръ ³⁾, Нейманнъ ⁴⁾, Германнъ ⁵⁾ и др., должно причислять къ разряду хозяйственныхъ благъ права и нѣкоторыя „отношенія“ („Verhältnisse“). Какъ блага хозяйственныя, они обладаютъ цѣнностью и являются имущественными объектами. Закладъ правъ есть, какъ и всякій залогъ вообще, предоставленіе кредитору условно-осуществляемаго права на ихъ мѣнговую цѣнность. Поэтому, при закладѣ правъ требованія объектомъ залоговой сдѣлки служитъ не предметъ долга, а именно самое право, какъ самостоятельная цѣнность, и притомъ здѣсь возникаетъ дѣйствительный залогъ, а не только цессія съ залоговыми цѣлями ⁶⁾. Тѣмъ не

¹⁾ Осн. Пол. Эк., гл. I и II.

²⁾ Rechte und Verhältnisse vom Standpunkte der volkswirtschaftlichen Güterlehre.

³⁾ System, B. I, S. 2.

⁴⁾ Grundlagen der Volkswirtschaftslehre, 1-te Abth. S. 34 ff.

⁵⁾ Staatswirtschaftliche Untersuchungen, S. 103 ff.

⁶⁾ Значительными особенностями въ качествѣ объекта, заклада отличаются также денежные знаки. Являясь наиболѣе такъ сказать, чистыми носителями мѣнговой цѣнности, они легче всего позволяютъ установить точное соответствіе между

По справедливому замѣчанію Л. А. Кассо, уже въ 1876 г., когда Государственнымъ Совѣтомъ было преподано это разъясненіе, опредѣленіе залога, въ немъ заключающееся, было устарѣвшимъ ¹⁾. Въ цѣломъ рядѣ случаевъ законъ уже не отнималъ у собственниковъ заложенного имущества права распоряженія, а только ограничивалъ это право. Но самая идея опредѣленія залога, какъ „отчужденія права распоряженія“, несмотря на все юридическое несовершенство этой терминологіи, заслуживаетъ большого вниманія. Право распоряженія—это прежде всего и главнымъ образомъ право отчужденія имущества (включая это общее понятіе и посмертное распоряженіе путемъ завѣщанія); другими словами, это право на мѣновую цѣнность имущества. Опредѣленіе нашего закона, технически несовершенное, данное „по частному дѣлу“, какъ бы случайное, ближе подошло къ сущности возникающихъ отношеній, нежели опредѣленія западно-европейскихъ законодательствъ. Мысль Государственнаго Совѣта, кажется, выражена въ цитированномъ примѣчаніи неполно; она была бы выражена полнѣе, если бы прибавить, что залогъ есть *условное и частичное* „отчужденіе права распоряженія“. Въ этомъ смыслѣ залогъ есть именно „ограниченіе“ права собственности, ибо залогодатель, само собою разумѣется, условно теряетъ право на ту часть мѣновой цѣнности, которую онъ уступаетъ залогодержателю.

Повидимому, и Правительствующій Сенатъ, несмотря на свое романистическое пониманіе залога, какъ права „вещнаго“, склоненъ признавать залогъ правомъ не столько на самую вещь въ ея цѣломъ, сколько именно на ея мѣновую цѣнность. Въ нѣсколькихъ рѣшеніяхъ (напримѣръ, 1875 г. № 995 и 1878 г. № 149) Гражд. Касс. Деп. разъяснилъ, что въ случаѣ продажи заложенного имущества съ торговъ, хотя бы по взысканію

¹⁾ Кассо, Понятіе о залогѣ, стр. 355, прим. 1.

посторонняго кредитора, росписка залогодержателя о полномъ удовлетвореніи по закладной, полученномъ отъ покушника, можетъ быть принята вмѣсто соразмѣрной части покушной цѣны. Тотъ же принципъ подтвержденъ опять въ новѣйшемъ рѣшеніи 1910 г. № 21 (по д. Гвирцмана съ Шнайдеромъ). Сенатъ мотивировалъ свое рѣшеніе тѣмъ, что „покупная цѣна передана... тому лицу, которому она въ дѣйствительности причитается“. Въ общей формѣ Сенатъ высказалъ свое воззрѣніе въ рѣш. 1875 г. № 21 (по д. Аристархова). Говоря о правѣ залогодержателя выбирать при недостаточности покушной цѣны между ея полученіемъ и оставленіемъ за собою имѣнія по закладной, Гражд. Касс. Деп. замѣчаетъ: „вообще, залогодержатель имѣетъ право или на самое имѣніе, или на цѣнность его“. Не трудно видѣть, что первый случай выдѣленъ лишь по недоразумѣнію. Въ дѣйствительности право залогодержателя оставить за собою имѣніе представляетъ лишь частный вариантъ права на цѣнность его: именно, вся цѣнность имѣнія оказывается не выше той „опредѣленной мѣновой цѣнности“, на которую имѣетъ право залогодержатель. Поэтому, взглядъ Правительствующаго Сената былъ бы формулированъ едва ли не точнѣе, если бы сказать безъ цитированной альтернативы, что „залогодержатель имѣетъ право на цѣнность имѣнія“. Это—дальнѣйшее, юридически болѣе разработанное, проведеніе той мысли, которая заключается въ самомъ законѣ.

ГЛАВА ПЯТАЯ.

Установленіе залогового права

(по дѣйствующему русскому праву).

Залогъ добровольный и принудительный. Вопросъ о законномъ залогѣ по русскому праву. Отсутствіе въ нашемъ законѣ постановленій о завѣщательномъ залогѣ. Три главныхъ вида договорнаго залога въ нашемъ правѣ. Залогъ въ обезпеченіе срочнаго займа. Залогъ, обезпечивающій иныя отношенія (Cautionshypothek). Залогъ съ неустоечнымъ характеромъ. Объектъ залога по русскому праву. Вопросъ о залогѣ имущества, состоящихъ въ посессіонномъ и чиншовомъ владѣніи. Залогъ крестьянскихъ надѣльныхъ земель. Залогъ недвижимыхъ имуществъ, принадлежащихъ городамъ и земствамъ. Объекты заклада движимыхъ вещей. Закладъ принадлежностей недвижимаго имущества въ качествѣ отдѣльныхъ движимыхъ вещей. Закладъ составныхъ объектовъ. Закладъ акцій и процентныхъ бумагъ. Закладъ долговыхъ требованій. Закладъ залогового права. Закладъ наличныхъ денегъ. Субъектъ залоговой сдѣлки. „Залогъ чужого имущества“ по договорамъ съ казною. Право пожизненнаго владѣльца на залогъ имущества. Принципъ публичности въ нашемъ правѣ. Бодмерея. Закладъ правъ. Лица, могущія принимать въ залогъ. Формальный порядокъ установленія залога.

Римское право и западно-европейскія законодательства различаютъ по основанію возникновенія два вида залога: залогъ добровольный, возникающій по волеизъявленію залогодателя, и залогъ принудительный,

возникающей по распоряжению общественной власти. Первый распадается в свою очередь на договорный и завѣщательный залогъ, а второй—на законный и судебный.

Авторитетнѣйшіе изъ нашихъ цивилистовъ, на примѣръ Мейеръ ¹⁾, Побѣдоносцевъ ²⁾, Анненковъ ³⁾, Васьковскій ⁴⁾ отрицаютъ существованіе принудительнаго залога въ русскомъ правѣ. По ихъ мнѣнію, принципъ установленія залога не волей залогодателя, а непосредственно вѣдѣніемъ власти нашему праву чуждъ. Относительно судебного залога вопросъ этотъ почти не вызываетъ сомнѣній. Правда, Варадиновъ ⁵⁾ и Гольмстенъ ⁶⁾ видятъ залогъ въ налагаемомъ судомъ запрещеніи; но эти запрещенія не даютъ заинтересованному лицу никакого права на имущественное удовлетвореніе изъ подвергшагося запрещенію имущества. Согласно 1215 ст. Уст. Гр. Суд., всѣ долги, обращенные ко взысканію на имущество, удовлетворяются по соразмѣрности, за исключеніемъ только долговъ, обезпеченныхъ залогомъ, но не тѣхъ, въ пользу коихъ на имущество наложены запрещенія. Ни Зак. о Суд. Гражд., ни Уст. Гражд. Судопр. не знаютъ установленія залога судомъ въ пользу тѣхъ или иныхъ претензій кредиторовъ.

Что же касается законнаго залога, то извѣстная группа нашихъ цивилистовъ—Кассо ⁷⁾, Гольмстенъ ⁸⁾,

¹⁾ Мейеръ, Русское Гражд. Право, т. II, стр. 227—9.

²⁾ Побѣдоносцевъ, Курсъ Гражд. Права, т. I, стр. 618.

³⁾ Анненковъ, Система Русскаго Гражд. Права, т. III, стр. 343.

⁴⁾ Васьковскій, Учебникъ Русскаго Гражд. Права, вып. II, стр. 185.

⁵⁾ Варадиновъ, статья „Ипотека“ въ Ж. М. Ю. за 1862 г., кн. 6-я, стр. 565.

⁶⁾ Гольмстенъ, Учебникъ Русск. Гр. Права, стр. 228 и 232.

⁷⁾ Понятіе о залогѣ, стр. 371—2.

⁸⁾ Лекціи Мейера, стр. 444.

Оршанскій¹⁾, Варадиновъ²⁾—доказываютъ его существованіе въ русскомъ правѣ. Къ сожалѣнію, при этомъ они часто указываютъ на такія юридическія отношенія, которыхъ никакъ нельзя причислить къ залоговымъ. Такъ, Варадиновъ причисляетъ къ случаямъ законнаго залога права разныхъ лицъ на заповѣдныя имѣнія и на выдачи изъ оныхъ. Но законъ въ ст. 1631 т. X ч. I опредѣленно высказываетъ, что заповѣдныя имѣнія, какъ изъятія изъ мѣноваго оборота, не подлежатъ и залогу; слѣдовательно, залоговыми эти права не могутъ быть. Варадиновъ, Оршанскій и Кассо усматриваютъ законное залоговое право казны на недвижимыя имущества плательщиковъ въ обезпеченіе уплаты прямыхъ налоговъ, а Оршанскій—ея же законное залоговое право на заводы и продукты въ обезпеченіе уплаты акцизныхъ сборовъ; но и въ этихъ случаяхъ едва ли можно признать возникновеніе залогового права. По ст. 24, 31 и, повидимому, 108 Уст. о Прямыхъ Нал. присутственныя мѣста при взысканіи недоимокъ съ имущества плательщиковъ должны „руководствоваться правилами, изложенными въ Пол. о Взыск. Гражд.“. Ст. 447 Пол. о Взыск. Гражд., ссылаясь на ст. 626 и 633 Зак. о Суд. Гражд., постановляетъ: „казенныя взысканія возмѣщаются: изъ залоговъ и закладовъ, коими обезпечено обязательство; изъ движимыхъ и недвижимыхъ имуществъ должника и его поручителей; изъ жалованья, аренды и пенсіоновъ должника; изъ суммъ, которыя остаются отъ удовлетворенія частныхъ долговъ, обезпеченныхъ залогомъ или залогомъ имущества должника, по продажѣ сего имущества“. Это—единственная статья въ Пол. о Взыск. Гражд., которая говоритъ объ источникахъ удовлетворенія казны. Она не только не знаетъ права на преимущественное удовлетвореніе по недоимкамъ въ пря-

¹⁾ Статья: „Роль казеннаго интереса въ русскомъ правѣ“ въ Судебномъ Журналѣ за 1875 г., кн. I-я, стр. 22.

²⁾ Л. с., стр. 562—4.

мыхъ налогахъ, но даже сливаетъ всё „казенныя взысканія“ въ одну рубрику, не различая взысканія по прямымъ налогамъ отъ взысканія по подряду. Такъ же и въ статьяхъ 422—5 Пол. о Взыск. Гражд. между взысканіями „податей“ и взысканіями по всёмъ остальнымъ начетамъ казны не проводится никакой принципиальной разницы. Въ Зак. о Суд. Гражд. ст. 513 п. 1-й постановляетъ прямо, что взысканія казны удовлетворяются „наравнѣ съ тѣми *обязательствами безъ залоговъ*, которыя даны прежде или одновременно съ тѣмъ, какъ взысканіе казенное присуждено и сдѣлалось по присутственнымъ мѣстамъ гласно“. Правда, Уст. Гр. Суд. въ 1163 ст. и примѣчаніи къ оной присваиваетъ казеннымъ, земскимъ, городскимъ и дворянскимъ недоимкамъ (а равно расходамъ по описи и продажѣ имѣнія) преимущественное удовлетвореніе и даже называетъ недоимки „числящимися на имѣніи“, какъ будто указывая этимъ на ихъ залоговой характеръ. Но эта статья, какъ норма процессуальнаго права, дѣйствующая притомъ даже не на всемъ протяженіи Россійской Имперіи, едва ли можетъ почитаться достаточной для установленія законнаго залога. Къ этому нужно прибавить, что нигдѣ въ нашемъ законѣ нѣтъ постановленія, устанавливающаго для казенныхъ взысканій, хотя бы вытекающихъ изъ недоимокъ въ прямыхъ налогахъ, *droit de suite*, а безъ этого права едва ли можно признать залоговой характеръ за недоимками. Къ тому же, согласно вышеприведеннымъ статьямъ Уст. о Прям. Нал. и статьѣ 206 Пол. о Каз. Подр., казна во всёхъ своихъ взысканіяхъ обязана руководствоваться не правилами Уст. Гражд. Судопр., а правилами Полож. о Взыск. Гражд. Вѣроятно, въ данномъ случаѣ мы имѣемъ простую несогласованность разновременныхъ законовъ, ибо и Уст. Гр. Суд. въ цѣломъ рядѣ случаевъ устанавливаетъ нормы, несомнѣнно имѣющія въ виду процессуальную защиту казеннаго интереса; но, во всякомъ случаѣ, эта несогласованность въ связи съ

другими основаниями позволяет считать 1163 ст. Уст. Гражд. Суд. недостаточной для установления законнаго залогового права¹⁾.

Что касается акцизных сборовъ, то, по ст. 31 прил. I къ ст. 339 Св. Уст. объ Акц. Сб. и по ст. 14 прил. II къ той же ст., въ случаѣ неисправности винокуреннаго заводчика, воспользовавшагося разсрочкой акциза, „взысканіе обращается сперва на наличное вино въ принадлежащихъ тому лицу подвалахъ, складахъ и питейныхъ заведеніяхъ, потомъ на залого, а при недостаточности оныхъ на прочее имущество неисправнаго плательщика“. Здѣсь только опредѣленъ порядокъ взысканія, но совершенно не устанавливается какое либо преимущество казны передъ частными кредиторами, обратившими взысканіе на тотъ же объектъ (за исключеніемъ, конечно, залоговъ); наоборотъ, обращеніе взысканія на наличное вино въ *принадлежащихъ тому лицу* подвалахъ, складахъ и питейныхъ заведеніяхъ позволяетъ думать, что казенное взысканіе по акцизнымъ сборамъ не имѣетъ *droit de suite* и, следовательно, не можетъ обладать залоговымъ характеромъ.

Нѣсколько болѣе сложнымъ является этотъ вопросъ въ отношеніи акциза по сахарному производству. По ст. 4-й приложения къ ст. 996 (примѣч.) того же Уст. Акц. Сб., заводъ названъ „обезпеченіемъ“ долга по акцизнымъ сборамъ. На основаніи этого слова Правительствующій Сенатъ въ рѣшеніи 1891 г. № 55 считаетъ право казны на обезпеченіе акциза заводомъ „особымъ правомъ“, устанавливающимъ для казны *droit de suite* и *droit de préférence* и отличающимся отъ залого-

¹⁾ Трудно считать убѣдительнымъ замѣчаніе Анненкова, что право казны на преимущественное удовлетвореніе не есть залогъ, такъ какъ оно основано на публично-правовыхъ нормахъ: норма 1163 ст. является публично-правовою лишь постольку, поскольку защищаетъ интересы публично-правового лица—казны; по существу же это несомнѣнно норма частнаго права.

га лишь отсутствіемъ тѣхъ формальностей, которыя требуются закономъ при совершеніи закладной крѣпости; другими словами, Сенатъ въ замаскированной формѣ признаетъ здѣсь законное залоговое право. Однако, такое утвержденіе, кажется, недостаточно основано на законѣ. Называя заводъ обезпеченіемъ долговъ по акцизнымъ сборамъ, законъ говоритъ, что онъ обезпечиваетъ недоимки и взысканія, числящіяся по сахарному производству „на заводчикъ“, т. е. на наличномъ хозяинѣ завода. Отсюда слѣдуетъ, что законъ не признаетъ за этимъ „обезпеченіемъ“ на заводѣ *droit de suite*. Недоимки и взысканія лежатъ не на самомъ заводѣ, а лично на заводчикѣ, и, въ случаѣ перемѣны послѣдняго, нѣтъ, кажется, основаній переносить ихъ на новое лицо. Что же касается *droit de préférence*, то и о немъ законъ не говоритъ. Въ цитированной статьѣ постановляется только, что въ случаѣ неисправности заводчика „взысканіе обращается на заводъ и его имущество, а излишне вырученныя деньги выдаются заводчику“. Здѣсь не опредѣляется не только преимущество казны передъ другими кредиторами, но даже самый порядокъ взысканія; примѣняя къ этому случаю общее правило о взысканіяхъ по дѣламъ казны, изложенное въ Пол. о Взыск. Гражд., мы не найдемъ никакихъ основаній признать за казною право на преимущественное удовлетвореніе.

Нѣкоторыя основанія къ признанію законнаго залога существующимъ въ Россіи, и притомъ не только по дѣламъ казны, но также въ пользу цѣлаго ряда другихъ претензій, можно найти въ ст. 506 Уст. Судопр. Торг. Статья эта перечисляетъ долги, подлежащіе при конкурсѣ удовлетворенію сполна, т. е. преимущественно передъ другими долгами, удовлетворяемыми лишь по соразмѣрности. Сюда относятся церковныя долги, недоимки въ прямыхъ налогахъ, капиталы опекаемыхъ, плата домашнимъ слугамъ и т. д. Хотя законъ причисляетъ къ этому же разряду „долги, на залогахъ и

закладахъ утвержденные“ (п. 3-й) и тѣмъ какъ бы дать основаніе приписывать всей группѣ залоговой характеръ, но въ дѣйствительности съ подобнымъ выводомъ нельзя согласиться. Мы видѣли выше, что для залога однимъ изъ характерныхъ моментовъ является послѣдовательный рангъ залоговыхъ правъ, такъ что каждый „младшій“ залогодержатель удовлетворяется лишь послѣ совершеннаго удовлетворенія „старшаго“. Между тѣмъ, для всѣхъ остальныхъ привилегированныхъ долговъ, перечисленныхъ въ 506 ст. Уст. Судопр. Торг., никакого пріоритета, ни по времени, ни по какимъ либо инымъ признакамъ, не существуетъ; въ случаѣ, если бы имущества несостоятельнаго не хватило даже на полное удовлетвореніе всѣхъ долговъ 1-го разряда, они, за исключеніемъ долговъ, обезпеченныхъ залогомъ и залогомъ, должны также подчиниться удовлетворенію по соразмѣрности. Что же касается правъ залогодержателей, то они и въ этомъ случаѣ остаются неприкосновенными, что подтверждено и самимъ законодателемъ, который въ 3 п. 506 ст. еще разъ подчеркиваетъ полное удовлетвореніе подобныхъ долговъ. Очевидно, и 506 ст. Уст. Суд. Торг. не устанавливаетъ законнаго залогового права для тѣхъ случаевъ, гдѣ залогъ не установленъ сторонами по договору.

Гольмстенъ ¹⁾ указываетъ одинъ случай, гдѣ законное залоговое право, повидимому, дѣйствительно возникаетъ: это право желѣзныхъ дорогъ на преимущественное удовлетвореніе платежей за перевозку и храненіе изъ перевезеннаго груза. Хотя Анненковъ ²⁾ полагаетъ, что здѣсь мы имѣемъ не залогъ, а только право удержанія, не дающее желѣзной дорогѣ ни полномочія на продажу груза, ни права на преимущественное удовлетвореніе изъ продажной цѣны, но такое объясненіе находится въ прямомъ противорѣчій съ тек-

¹⁾ Лекція Мейера, стр. 444.

²⁾ Система, т. III, стр. 342.

стомъ закона. По ст. 85 Общ. Уст. Росс. Жел. Дор. „перевозимый грузъ служить для желѣзныхъ дорогъ обезпеченіемъ всѣхъ причитающихся имъ по перевозкѣ платежей, которые подлежатъ удовлетворенію изъ сего обезпеченія преимущественно передъ всѣми другими долгами грузохозяина“, а по ст. 90 если грузъ не будетъ принятъ и платежи не будутъ внесены въ теченіе 30 дней, то желѣзная дорога приступаетъ къ аукціонной продажѣ груза и изъ продажной цѣны удерживаетъ, согласно ст. 40 (на которую въ 90 ст. имѣется ссылка), въ свою пользу причитающіеся ей платежи. Здѣсь законное залоговое право, повидимому, нужно признать. Но это одинокое исключеніе не подрываетъ общаго принципа нашего закона, по которому залогъ устанавливается только волеизъявленіемъ управомоченнаго къ его установленію субъекта, а не велѣніемъ общественной власти.

Переходя къ добровольному залогу, нужно отмѣтить прежде всего, что объ одной изъ его формъ, именно, залогѣ завѣщательномъ, нашъ законъ не содержитъ никакихъ постановленій. Проф. Васѣковскій справедливо полагаетъ, что этотъ видъ залога долженъ считаться по нашему праву дозволеннымъ ¹⁾. Онъ основываетъ этотъ выводъ на двухъ положеніяхъ: 1) на отсутствіи въ законѣ соотвѣтственнаго запрещенія, а 2) на томъ соображеніи, что право на установленіе залога въ завѣщаніи вытекаетъ изъ общаго права собственника на завѣщательное распоряженіе своимъ имуществомъ. Въ принципѣ съ этимъ взглядомъ согласны также Анненковъ ²⁾, Мейеръ ³⁾ и Гантоверъ ⁴⁾. Последніе два усматриваютъ фактическое препятствіе къ завѣщательному залогу въ формѣ закладной крѣпости,

¹⁾ Учеб. Гражд. Права, вып. 2, стр. 185 и 187.

²⁾ Система, т. III, стр. 340.

³⁾ Русск. Гражд. Право, т. II, стр. 229.

⁴⁾ Залоговое Право, стр. 57.

установленной прил. къ 1643 ст. Зак. Гр. Но этому препятствію едва ли слѣдуетъ придавать серьезное значеніе. Согласно неоднократнымъ разъясненіямъ Правительствующаго Сената (напр., въ рѣш. Гр. Касс. Деп. 1884 г. № 5 по д. Есиповыхъ съ Мясниковымъ), форма закладной имѣетъ значеніе только примѣрной формы, а отнюдь не обязательной для всякаго залогового акта. Особенно нельзя было бы ссылаться на это препятствіе теперь, когда 1643 ст. вмѣстѣ съ прил. къ ней исключена изъ Зак. Гражд. по изд. 1900 г. Повидимому, нѣтъ основанія отрицать для нашего права возможность и дѣйствительность завѣщательныхъ залоговъ.

Однако, главной формой залога по нашему праву безспорно является залогъ договорный. Онъ составляетъ господствующій типъ въ практикѣ, и къ нему же относятся всѣ тѣ постановленія о залогѣ, которыя имѣются въ русскомъ законодательствѣ.

Обращаясь къ опредѣленію залога, выведенному въ предыдущей главѣ, мы извлечемъ изъ него указанія на два элемента, необходимыхъ для возникновенія залогового права. Во 1-хъ, мы видѣли, что залогъ есть право, условно осуществляемое. Отсюда необходимо вытекаетъ, что при установленіи залога должны быть указаны тѣ условія, отъ которыхъ зависитъ осуществленіе правъ залогодержателя; слѣдовательно, въ своемъ возникновеніи залогъ неразрывно связанъ съ тѣмъ правоотношеніемъ, которое въ каждомъ конкретномъ случаѣ составляетъ содержаніе условій. Такимъ образомъ, при установленіи залога всегда должно существовать такъ называемое *правооснованіе* (нѣмецкое Hauptgeschäft). Во 2-хъ, залогъ есть право на мѣновую цѣнность изъ опредѣленнаго имущественнаго объекта. Слѣдовательно, вещь, на которую устанавливается залоговое право, должна составлять имущественный объектъ и, сверхъ того, не быть изъятой изъ мѣноваго оборота (въ цѣломъ или въ части). Отсюда—ученіе объ *объектахъ* залога, о вещахъ, годныхъ и негодныхъ для

залога. Кромѣ этихъ двухъ элементовъ, тотъ частный видъ залога, къ разсмотрѣнію котораго мы теперь переходимъ, договорный залогъ, имѣеть еще одинъ элементъ, присущій всякому договору. Этотъ элементъ— *два лица*, изъ которыхъ одно предоставляетъ право, а другое пріобрѣтаетъ его. Наконецъ, въ виду важности залоговыхъ сдѣлокъ для общественной жизни, получаетъ большое значеніе форма этихъ сдѣлокъ, *порядокъ установленія* залоговаго права, который сильно различается въ зависимости главнымъ образомъ отъ различія объектовъ. На этихъ четырехъ моментахъ въ возникновеніи залоговаго права мы и остановимся.

Постановленія о залогѣ въ нашемъ законодательствѣ чрезвычайно разбросаны. О немъ говорятъ и Зак. Гражд., и Полож. о Каз. Подр., и Уст. Лѣсной, и Уст. Акц. Сб., и Уст. Кред., и Уст. Суд. Торг., и Уст. Гр. Суд., и Зак. о Суд. Гражд., и Полож. о Взыск. Гражд., и Полож. о Нот. Части, и Уст. Уг. Суд., и Уст. Торг., и Зак. О Сост., и Особое Приложение къ нимъ, Полож. о Сельск. Сост. Раздѣляя всѣ случаи договорнаго залога въ этихъ законахъ на группы по *правооснованіямъ*, мы должны будемъ признать три главныхъ вида залога въ русскомъ правѣ: 1) нормальный случай залога между частными лицами и въ кредитныхъ учрежденіяхъ—залогъ, сопровождающій сдѣлку срочнаго займа; 2) такъ назыв. „кредитный залогъ“ (терминологія составителей проектовъ Вотчиннаго Устава и Гражд. Улож.), устанавливаемый въ пользу требованія, размѣръ котораго имѣеть выясниться лишь въ моментъ расчета (сюда относится большинство случаевъ залога по договорамъ съ казной, залогъ по соло-векселямъ и специальнымъ текущимъ счетамъ, залогъ нотаріусовъ и судебныхъ приставовъ); 3) залогъ, право на цѣнность котораго возникаетъ для залогодержателя въ видѣ неустойки, штрафа за дѣйствія залогодателя или третьяго лица (сюда относится залогъ на торгахъ, залогъ въ окружномъ судѣ и кассационный залогъ).

Обезпеченіе залогомъ заемныхъ сдѣлокъ представляетъ самое обычное правооснованіе залога какъ между частными лицами, такъ и въ кредитныхъ учрежденіяхъ. Его главнымъ образомъ имѣлъ въ виду и законодатель. Въ цѣломъ рядѣ статей X т. залогодатель названъ „заемщикомъ“, а залогодержатель „заимодавцемъ“. Ст. 1649 постановляетъ, что „исполненіе по закладной крѣпости производится платежемъ отъ должника заимдавцу всѣхъ должныхъ по закладной денегъ въ срокъ, оною постановленный“. Форма закладной крѣпости, приложенная къ 1643 ст. по изд. 1887 г., гласила: „занялъ я... денегъ столько-то..., а въ тѣхъ деньгахъ до онаго срока заложилъ я ему недвижимое свое имѣніе“. Обезпеченіемъ займа служить также залогъ надѣльныхъ земель по выкупной операциі, залогъ во всѣхъ учрежденіяхъ земельного кредита, какъ правительственныхъ, такъ и частныхъ, срочный закладъ движимости и процентныхъ бумагъ въ учрежденіяхъ краткосрочнаго кредита.

Въ литературѣ существуетъ мнѣніе, что нашъ законъ допускаетъ залогъ между частными лицами только въ качествѣ сдѣлки, обезпечивающей срочный заемъ, и что въ случаѣ, если залогомъ обезпечиваются иныя отношенія, они должны подвергнуться новациі въ формѣ срочнаго займа ¹⁾. Сторонники этого взгляда основываютъ его главнымъ образомъ въ формѣ закладной крѣпости и на часто повторяющихся въ законѣ выраженіяхъ „заемщикъ“ и „заимодавецъ“ въ примѣненіи къ залогодателю и залогодержателю. Первое основаніе рушится само собою съ исключеніемъ формы закладной изъ Свода Законовъ. Что же касается второго, то, какъ неоднократно справедливо разъяснялъ Правит. Сенатъ, законодатель только сообразовался съ

¹⁾ См. Змирловъ, статья „Недостатки нашихъ гражд. зак.“ въ Ж. Гр. и Уг. Пр. за 1885 г., № 7; Гантоверъ, Залоговое Право, стр. 59; ср. также Кассо, Понятіе о залогѣ, стр. 362.

наиболѣе частымъ въ жизни случаемъ залога, но отнюдь не имѣлъ въ виду воспрещать всякія иныя формы ¹⁾. Этотъ взглядъ можно подтвердить ссылкой на исторію нашего законодательства по вопросу о залогѣ. Выше было указано, что въ 17-мъ вѣкѣ наше право, повидимому, допускало залогъ въ обезпеченіе не только срочнаго займа, но и всякихъ иныхъ отношеній ²⁾. 196-я статья X гл. Улож. царя Алексѣя Михайловича говоритъ о залогѣ „въ долгу въ денгахъ или въ иномъ въ чемъ“. Между тѣмъ, само Уложеніе въ цѣломъ рядѣ случаевъ называетъ залогодателя „заимщикомъ“, а залогодержателя „заимодавцемъ“. Трудно предполагать, чтобы Уложеніе имѣло въ виду воспретить этимъ залогъ въ обезпеченіе иныхъ юридическихъ отношеній, ибо тогда оно вступило бы въ непримиримое противорѣчіе съ самимъ собою. Наиболѣе правильнымъ будетъ тотъ взглядъ, что законодатель, какъ тогда, такъ и теперь, не воспрещаетъ всевозможныхъ формъ залога въ обезпеченіе различныхъ юридическихъ отношеній, гдѣ долгъ вытекаетъ не изъ срочнаго займа, но только въ своей терминологіи соотнобразуется съ наиболѣе частымъ въ практикѣ случаемъ залога. Несомнѣнно, что, если бы стороны при залогѣ пожелали произвести новацию отношеній въ формѣ займа, такой заемъ, согласно 2017 ст. Зак. Гражд., не считался бы безденежнымъ. Но это еще не предрѣшаетъ вопроса объ обязательности новации. Большинство нашихъ цивилистовъ не присоединяется къ этому требованію. Особенно подробно доказываетъ его неправильность Гантоверъ ³⁾. По ст. 1554 Зак. Гражд. залогъ и закладъ служатъ способомъ обезпеченія не только займа, но всякихъ договоровъ вообще, и мы находимъ реальное проведеніе этого принципа, напримѣръ, въ

¹⁾ См., напр., рѣш. 1889 г. № 4.

²⁾ См. выше, стр. 162.

³⁾ Гантоверъ, Залоговое Право, стр. 46—56.

постановленіяхъ закона о залогѣ по договорамъ съ казной. Относительно залога между частными лицами законъ нигдѣ не содержитъ запрещенія подобныхъ сдѣлокъ¹⁾. Наоборотъ, ст. 184 и 185 Пол. о Нот. Части, говоря въ общей формѣ о залоговыхъ обремененіяхъ, по коимъ размѣръ требованія при совершеніи залога еще не можетъ быть опредѣленъ, позволяютъ предполагать возможность такихъ залоговъ и между частными лицами; тѣмъ болѣе, что, по общему принципу нашего закона, значеніе долговыхъ отношеній принадлежитъ не только тѣмъ, которыя вытекаютъ изъ договора займа, но и цѣлому ряду другихъ. Эта аргументація, несомнѣнно, правильна и весьма обстоятельна. Однако, легко замѣтить, что она не доказываетъ положительно законности залога, обеспечивающаго не заемъ, а другой договоръ: она только доказываетъ, что законъ не содержитъ пренятствій къ подобной сдѣлкѣ и, слѣдовательно, такой залогъ, какъ не воспрещенный, долженъ почитаться дозволеннымъ. Это же положеніе послужило главнымъ доводомъ и Правительствующему Сенату въ названномъ его рѣшеніи²⁾.

Постановленія о залогѣ, обеспечивающимъ не срочный заемъ, а какія-либо иныя сдѣлки, въ дѣйствующемъ законѣ существуютъ. Но они отнесены не къ общимъ правиламъ, а къ нѣкоторымъ частнымъ случаямъ закона, именно, къ залогу и закладу по договорамъ съ казной³⁾, въ обезпеченіе акциза съ вина⁴⁾, въ обезпеченіе кредита по соло-векселямъ въ Государ-

¹⁾ Это особенно вѣрно теперь, послѣ исключенія 1643 ст. и формы, къ ней приложенной.

²⁾ Ср. изъ нашихъ цивилистовъ у Мейера, Русское Гражд. Пр., т. II, стр. 214; у Вербловскаго, статья въ Суд. Вѣстн. за 1876 г. № 55; у Пальховскаго, *ibid.*, № 107; у Яворскаго, статья въ Судебной Газетѣ за 1885 г. № 55.

³⁾ Полож. о Каз. Подр., ст. 39 и др.; Уст. Лѣсной, ст. 240 и 242; Полож. объ удр. каз. им., ст. 79—80.

⁴⁾ Уст. Акц. Сб., прил. I и II къ ст. 339.

ственномъ Банкѣ¹⁾ (также въ уставахъ многихъ частныхъ обществъ взаимнаго кредита), въ обезпеченіе специальныхъ текущихъ счетовъ²⁾, и, наконецъ, къ залогу нотаріусовъ и судебныхъ приставовъ въ обезпеченіе могущихъ оказаться взысканій за упущенія по должности³⁾. Характерная особенность всѣхъ этихъ случаевъ заключается въ томъ, что размѣръ обезпечиваемаго требованія не опредѣляется заранѣе, а размѣръ залоговой отвѣтственности не измѣняется въ зависимости отъ перемѣнъ въ размѣрѣ требованія. Относительно казенныхъ взысканій законъ постановляетъ, что размѣръ ихъ считается опредѣленнымъ со времени врученія окончательнаго расчета, или, въ случаѣ обжалованія такового, со времени окончательнаго разрѣшенія дѣла⁴⁾; при обезпеченіи кредитовъ по соло-векселямъ и по специальнымъ текущимъ счетамъ размѣръ взысканія зависитъ отъ размѣра долга къ тому моменту, когда взысканіе послѣдуетъ; наконецъ, въ отношеніи залога нотаріусовъ и судебныхъ приставовъ, гдѣ взысканіе зависитъ отъ упущеній по должности, размѣръ его, само собою понятно, также является неопредѣленнымъ. Но эта неопредѣленность размѣра требованія не препятствуетъ, какъ мы уже видѣли выше⁵⁾, опредѣленности суммы залога, т. е. той суммы, въ которой заложенное имущество отвѣчаетъ своей цѣнностью передъ залогодержателемъ. По договорамъ съ казною законъ прямо указываетъ, что недвижимыя имущества принимаются въ залогъ въ суммѣ оцѣнки⁶⁾, а процентныя бумаги въ опредѣленныхъ частяхъ ихъ номинальной стоимости⁷⁾. То же самое при залогѣ по соло-

¹⁾ Уст. Госуд. Банка, ст. 91—2.

²⁾ Уст. Госуд. Банка, ст. 134; Пол. о Гор. Общ. Банкахъ, ст. 117 п. 2; также уставы частныхъ банковъ.

³⁾ Пол. о Нот. Ч., ст. 8; Учр. Суд. Устан., ст. 301—2.

⁴⁾ Пол. о Взыск. Гражд., ст. 441; Пол. о Каз. Подр., ст. 204

⁵⁾ Стр. 232—3.

⁶⁾ Пол. о Каз. Подр., ст. 44.

⁷⁾ Полож. о Каз. Подр., ст. 77.

векселямъ и по спеціальнымъ текущимъ счетамъ. Залогъ нотаріусовъ и судебныхъ приставовъ вносится или денежными знаками, или бумагами, имѣющими равное съ ними обращеніе; слѣдовательно, и онъ представляетъ всегда цѣнность опредѣленную, строго ограниченную. Особенно ясно выраженъ этотъ принципъ опредѣленности залоговой отвѣтственности въ ст. 86 Уст. объ упр. каз. им., гласящей: „залогъ отвѣтствуетъ... ни въ какомъ случаѣ не выше суммы, въ которой онъ представленъ“.

Третью группу залоговыхъ отношеній составляютъ залоговъ съ неустоечнымъ характеромъ (залогъ на торгахъ, залогъ въ уголовномъ судѣ, кассационный залогъ). По существу своему такой залогъ представляетъ обезпеченіе штрафа, налагаемаго на лицо, которое или само нарушило принятія на себя обязанности, или поручилось за нарушителя. Здѣсь собственно заключаются двѣ сдѣлки—о неустойкѣ и о залогѣ въ обезпеченіе ея; но эти двѣ сдѣлки такъ тѣсно слиты между собою, что въ случаѣ наступленія предусмотрѣннаго сторонами условія для залогодержателя возникаетъ не право на удовлетвореніе по договору о неустойкѣ съ обезпеченіемъ этого удовлетворенія на заложенномъ объектѣ, а непосредственно право на присвоеніе цѣнности этого объекта. На практикѣ, однако, возможны случаи, когда для залогодержателя возникаетъ право не на всю неустойку, а только на часть ея, и тогда залоговой моментъ сдѣлки выступаетъ ясно въ видѣ обязанности возвратить залогодателю остальную часть залога. Конечно, такіе случаи трудно себѣ представить по отношенію къ кассационному залогѣ или залогѣ въ уголовномъ судѣ; но они встрѣчаются при залогѣ на торгахъ (ср. изъ практики Гражд. Касс. Деп. дѣло Змигородскаго по поводу торговъ на дома Бенардаки)¹⁾.

¹⁾ Рѣш. 1877 г. № 299.

Мы видѣли выше ¹⁾, что залогъ есть всегда право на количественно опредѣленную мѣновую цѣнность. Примѣняя этотъ принципъ къ случаю залога неустоечнаго, гдѣ въ собственность залогодержателя поступаетъ, по общему правилу, весь заложенный объектъ, мы выведемъ одно необходимое свойство этого объекта, установленное и практикой: онъ долженъ имѣть точно опредѣленную мѣтовую цѣнность. Вотъ почему объектомъ залога въ подобныхъ сдѣлкахъ обыкновенно служатъ или наличныя деньги, или обращающіяся наравнѣ съ ними процентныя бумаги. Въ вышеупомянутомъ дѣлѣ Змигородскаго въ числѣ объектовъ залога на торгахъ была закладная на продаваемое съ торговъ имущество; какъ судъ во всѣхъ инстанціяхъ, такъ и Правит. Сенатъ признали, что она была принята въ залогъ неправильно.

На этомъ мы закончимъ вопросъ о правоосноваціяхъ залоговыхъ сдѣлокъ по нашему дѣйствующему праву и перейдемъ къ слѣдующему вопросу—объ *объектахъ* залога.

Объекты залога разсматриваются въ нашемъ законѣ довольно подробно. Къ сожалѣнію, законъ, какъ справедливо замѣтилъ Анненковъ ²⁾, не содержитъ общаго положительнаго опредѣленія, какія имущества подлежатъ залому, а содержитъ только частныя отрицательныя указанія, какія имущества отъ залога *изъять*. Общую постановку вопроса можно найти только теоретически. Какъ право на мѣтовую цѣнность изъ опредѣленнаго объекта, залогъ необходимо требуетъ прежде всего, чтобы его объектъ имѣлъ мѣтовую цѣнность (*res extra commercium* залому не подлежатъ) ³⁾. Изъ этихъ положеній вытекаютъ два слѣд-

¹⁾ Стр. 231—4.

²⁾ Система, т. III, стр. 314.

³⁾ Ср. указаніе Побѣдоносцева (Курсъ Гр. Пр. I, стр. 597), по которому залому не подлежатъ *res sacre et religioasae*.

ствія: 1) относительно объекта—что предметы, изъятыя цѣликомъ или отчасти изъ гражданскаго оборота, не подлежатъ и залогу цѣликомъ или въ этой части; 2) относительно субъекта—что устанавливать залоговое право могутъ только тѣ лица, которыя имѣютъ право на мѣновую цѣнность объекта, иными словами, право распоряженія. Отсюда слѣдуетъ, что объектомъ залога въ каждомъ конкретномъ случаѣ могутъ быть тѣ имущества, которыя могутъ служить объектомъ отчужденія. Къ такому выводу приходятъ изъ нашихъ цивилистовъ Шершеневичъ ¹⁾ и Анненковъ ²⁾; послѣдній обосновываетъ свое заключеніе единствомъ законодательнаго источника постановленій о залогѣ и о продажѣ (35 и 36 ст. 17-й гл. Улож. царя Алексѣя Михайловича). Нѣкоторое, хотя весьма неполное, выраженіе этого взгляда можно найти и въ текстѣ дѣйствующаго закона, который гласитъ въ ст. 1627 т. X ч. I: „отдавать въ залогъ недвижимое имущество могутъ токмо тѣ, кои имѣютъ право отчуждать оное продажею“, а въ ст. 1663 того же тома и части: „закладывать движимое имущество можетъ токмо то лицо, которому оно принадлежитъ въ собственность съ правомъ отчужденія“.

Изъ этого общаго принципа вытекаютъ тѣ правила, въ силу которыхъ извѣстные имущественные объекты залогу не подлежатъ. Нѣкоторыя изъ этихъ правилъ, касающіяся недвижимыхъ имуществъ, заключаются въ самомъ X т.

Такъ, по ст. 1641 не могутъ быть отдаваемы въ залогъ имѣнія заповѣдныя, временно-заповѣдныя и маіоратныя. Въ связи съ этимъ ограниченіемъ находится единственный въ нашемъ правѣ случай, гдѣ законъ допускаетъ въ видѣ исключенія залогъ будущихъ вещей. Именно, по ст. 1641 „владѣлецъ заповѣднаго наследственнаго имѣнія въ нѣкоторыхъ, опредѣленныхъ

¹⁾ Шершеневичъ, Учебн. Русск. Гр. Пр., стр. 352.

²⁾ Система, т. III, стр. 315.

выше сего въ ст. 489, 1069, 1211, 1212, случаяхъ, можетъ занимать денежныя суммы подъ залогъ доходовъ съ заповѣднаго имѣнія“.

По ст. 1634 „лѣса и земли, состоящіе при заводахъ посессіонныхъ, не могутъ быть отданы въ залогъ особо отъ нихъ“. Среди нашихъ цивилистовъ существуетъ взглядъ, что посессіонныя земли и лѣса вообще не подлежатъ залoгу. Взглядъ этотъ проводился въ обстоятельной разработкѣ В. А. Удинцевымъ въ его докладѣ Кіевскому Юридическому Обществу отъ 19 марта 1911 года на тему: „Къ вопросу о залогѣ чужого имущества“. По мнѣнію профессора Удинцева, предполагаемое а *contrario* изъ 1634 ст. разрѣшеніе заклады-вать посессіонныя имущества вмѣстѣ съ самимъ заводомъ должно было бы относиться только къ тѣмъ заводамъ, которые въ 1811 г. были причислены къ посессіоннымъ вслѣдствіе „позволенія ихъ владѣльцамъ владѣть заводомъ и при ономъ крѣпостными людьми не имѣя права дворянства“ (см. прим. къ ст. 223 Ус Горн.); но такъ какъ эти заводы въ 1863 г. были „исключены изъ числа посессіонныхъ и перечислены во владѣльческіе“ (*ibidem*), то въ настоящее время права на залогъ посессіонныхъ земель и лѣсовъ какъ имущество чужого (см. ст. 515 т. X ч. I), существовать не можетъ. Эта остроумная теорія, кажется, чрезмерно сужаетъ права заводчиковъ. По статьямъ 225 и 228 Уст. Горн. владѣльцамъ посессіонныхъ заводовъ „позволяется оныя переукрѣплять безъ раздробленія“, впрочемъ, лишь съ разрѣшенія Горнаго Департамента. Уже одно это создаетъ презумпцію, что на тѣхъ же условіяхъ долженъ быть допускаемъ и залогъ. Если бы 1634 ст. имѣла въ виду только тотъ родъ посессіонныхъ заводовъ, къ которымъ ее относить проф. Удинцевъ, то въ ней, вѣроятно, не говорилось бы, наряду съ состоящими при заводахъ землями, и о лѣсахъ, потому что лѣса никогда не составляли имѣній населенныхъ, и, слѣдовательно, владѣльцы не-дворяне пользовались

ими не на посессионномъ правѣ, а на полномъ владѣльческомъ. Кажется, болѣе правдоподобно мнѣніе Шершеневича¹⁾ и Анненкова²⁾, по которому воспрещеніе залога посессионныхъ земель и лѣсовъ отдѣльно отъ самыхъ заводовъ должно быть понимаемо буквально и представляетъ ничто иное, какъ воспрещеніе раздробительнаго залога этихъ нераздробляемыхъ имуществъ. Такое мнѣніе подтверждается прежде всего мѣстомъ 1634 ст. въ системѣ Свода Законовъ—послѣ 1633 ст., запрещающей вообще раздробительный залогъ нераздробляемыхъ имуществъ, и передъ 1635, трактующей о залогѣ нераздробляемыхъ участковъ государственныхъ крестьянъ, отведенныхъ по правиламъ 20-го февраля 1803 года. Кромѣ того, въ его пользу говорить также ст. 224 Уст. Горн., гласящая о посессионныхъ заводахъ: „недвижимое имущество частныхъ горныхъ промысловъ и заводовъ, получающихъ отъ казны пособіе, есть неотдѣлимая принадлежность оныхъ. Никакая изъ сего ниущества часть не можетъ быть перукрѣплена иначе, какъ вмѣстѣ со всѣмъ заводомъ, къ которому она принадлежитъ“. Еще болѣе опредѣленно выражено это правило въ 1396 ст. Зак. Гражд., гласящей: „Запрещается продажей раздроблять имѣнія, кои по закону должны быть нераздѣльными; посему недѣйствительна раздробительная продажа принадлежащихъ къ заводамъ посессионнымъ земель и лѣсовъ отдѣльно отъ сихъ заводовъ“. Повидимому, 1634 ст. Зак. Гражд. заключаетъ то же правило для залога посессионныхъ заводовъ и ихъ принадлежностей, какое выражено въ цитированныхъ статьяхъ для отчужденія этихъ имуществъ.

Аналогичный вопросъ возникаетъ и относительно другой формы условнаго владѣнія, именно, относительно владѣнія чиншеваго. Х т. этого института не зна-

¹⁾ Шершеневичъ, Учебн. Русскаго Гражд. Пр., стр. 353.

²⁾ Анненковъ, Система, т. III, стр. 329.

еть; но недостатокъ восполненъ практикой Гражд. Касс. Деп. Въ длинномъ рядѣ рѣшеній Правит. Сенатъ разъяснилъ, что чиншевое право есть право вещное, что всѣ права пользованія и распоряженія по чиншевому имуществу принадлежать чиншевику, а собственникъ сохраняетъ только право на уплату чинша и тѣ частныя правомочія, которыя специально обусловлены въ чиншевомъ договорѣ¹⁾. Отсюда логическимъ выводомъ было бы признать за чиншевикомъ также и право на залогъ чиншевого имущества; и Правит. Сенатъ, дѣйствительно, сдѣлалъ этотъ выводъ въ рѣшеніи Гражд. Касс. Деп. отъ 1877 г. № 110 (по д. Шклярова со Станевичемъ), гдѣ онъ призналъ, что „съ чиншевымъ пользованіемъ соединено право потомственного владѣнія и распоряженія участками земли, принадлежащей государству или частному собственнику, *право залога*, продажи и передачи ихъ по наслѣдству, и всѣ отношенія чиншевого владѣльца къ собственнику земли ограничиваются лишь обязанностью платить на вѣчныя времена установленную ежегодную плату, называемую чиншемъ“²⁾. Подтверженіе этому воззрѣнію можно найти въ частномъ законѣ, именно въ 59 ст. Пол. о Каз. Подр., разрѣшающей залогъ нѣкоторыхъ видовъ чиншевыхъ участковъ по договорамъ съ казною.

Однако, Правительствующій Сенатъ допускаетъ ограниченіе этого принципа. По его мнѣнію, чиншевыя имущества, согласно 1 п. 77 ст. X раздѣла Уст. Кред., не подлежатъ залогоу въ земельныхъ банкахъ³⁾. При этомъ Сенатъ ссылается на законодательные источники этой статьи, а изъ дѣйствующаго права на 1 прим.

¹⁾ См. рѣш. 1877 г. № 109—115, 119; 1878 г. № 163; 1880 г. № 295; 1882 г. № 107, 135; 1883 г. № 116; 1884 г. № 141; 1886 г. № 40; 1888 г. № 23; 1889 г. № 131; 1890 г. № 78; 1892 г. № 116; 1896 г. № 127; 1899 г. № 26, 53.

²⁾ Изъ нашихъ теоретиковъ такого взгляда держится Побѣдоносцевъ, Курсъ Гражд. Пр., т. I, стр. 494.

³⁾ Рѣш. 1906 г. № 44 (по д. Якова Коренблита).

къ ст. 243 Уст. о Пошл., согласно которому чиншевые участки на частно-владѣльческой землѣ переходятъ изъ руки въ руки безъ крѣпостныхъ пошлинь и, слѣдовательно (по мнѣнію Сената), безъ крѣпостныхъ актовъ.

Кажется, что въ этомъ вопросѣ отразилось общее неопредѣленное положеніе чиншевого владѣнія въ нашемъ правѣ. По законамъ Польско-Литовскаго государства, на основаніи которыхъ чиншевое право возникло, оно пользовалось полной юридической защитой вещныхъ правъ ¹⁾. Въ то время, какъ надъ полнымъ правомъ собственности, согласно феодальнымъ понятіямъ, отражавшимся въ юриспруденціи этого періода, тяготѣли только права верховнаго обладанія со стороны короля, надъ владѣніемъ чиншевымъ стояло еще посредствующее звено—права собственника; въ этомъ заключалось все принципиальное различіе между правами собственника и чиншевика. Отсюда вытекало слѣдствіе, что при переходѣ чиншевыхъ участковъ изъ рукъ въ руки собственникъ и его владѣльческія книги играли ту самую роль публичной достовѣрности, которая въ отношеніи участковъ владѣльческихъ принадлежала агентамъ общественной власти. Съ переходомъ области распространенія чиншевого института подъ власть Россіи, польскіе законы черезъ нѣкоторое время потеряли свою формальную силу ²⁾. Но слѣды прежняго возрѣнія на роль владѣльца и его владѣльческихъ книгъ сохранились въ 1-мъ примѣч. къ 243 ст. Уст. о Пошл., на которое ссылается Сенатъ. Это примѣчаніе гласитъ дословно слѣдующее: „Въ Западныхъ губерніяхъ въ

¹⁾ Чиншевыя поселенія на частно-владѣльческихъ земляхъ возникали на основаніи особыхъ „привилегій“, которыя выдавались владѣльцемъ и утверждались королемъ. Въ этихъ „привилегіяхъ“ права поселенцевъ получали полную юридическую защиту, а дѣйствіе „привилегіи“ гарантировалось общими законами. См. Литовскій Статутъ, § 8 арт. 29 разд. 1.

²⁾ Указъ 1840 г. іюня 25.

владѣльческихъ городахъ и мѣстечкахъ съ владѣльцевъ домовъ и другихъ строеній, если съ симъ владѣніемъ не соединено или не переуступается право собственности на землю, на которой находится строеніе, не требуется, кромѣ условій, помѣщикомъ утвержденныхъ, *друихъ* какихъ либо крѣпостныхъ актовъ, и при продажѣ означенныхъ домовъ и строеній, или переходѣ инымъ образомъ къ другому лицу, не взыскивается крѣпостныхъ пошлинъ“. Это примѣчаніе, въ полную противоположность выводу Правит. Сената, заключаетъ не отрицаніе крѣпостныхъ актовъ при переходахъ чиншевыхъ участковъ, а, наоборотъ, причисленіе къ этимъ актамъ „условіи, помѣщикомъ утвержденныхъ“. Правда, законъ постановляетъ, что при такихъ переходахъ не взыскиваются крѣпостныя пошлины; но это не опровергаетъ крѣпостнаго характера самого акта. Въ статьяхъ 242—249 Уст. о Пошл. перечислено 60 случаевъ, гдѣ акты о переходѣ права собственности совершаются крѣпостнымъ порядкомъ, но безъ взиманія крѣпостныхъ пошлинъ; именно въ числѣ ихъ помѣщенъ и тотъ случай, о которомъ идетъ рѣчь. Нужно замѣтить, что переходъ чиншевыхъ правъ безъ всякихъ крѣпостныхъ актовъ совершенно противорѣчилъ бы духу нашего закона. По 2-му пункту 159 ст. Нот. Полож. даже уступка правъ пользованія недвижимымъ имуществомъ, которыя по своему объему уже чиншевыхъ, совершается крѣпостнымъ порядкомъ и утверждается старшимъ нотаріусомъ; какъ справедливо указываетъ самъ Правит. Сенатъ (рѣш. 1892 г. № 57), для чиншевыхъ участковъ, находящихся на государственной и общественной землѣ, законъ безусловно требуетъ исполненія всѣхъ формальностей крѣпостнаго акта. Въ чемъ же состоитъ такое глубокое принципиальное различіе между чиншевыми участками на общественной и на частновладѣльческой землѣ, которое оправдывало бы полную ненадобность крѣпостныхъ актовъ въ одномъ случаѣ при строгой необходимости ихъ въ

другомъ? Самымъ естественнымъ отвѣтомъ явится тотъ, что этого принципиальнаго различія, вообще, не существуетъ; просто въ послѣднемъ случаѣ владѣльцемъ земли является сама публичная власть, и потому владѣльческія книги сливаются съ крѣпостными. Конечно, признаніе за владѣльческими книгами частныхъ имѣній силы крѣпостныхъ было бы нѣсколько несоответственнымъ современному понятію о публичной достовѣрности актовъ. Единственнымъ рациональнымъ исходомъ изъ этого положенія нужно признать законодательное урегулированіе чиншевыхъ отношеній; но думается, что временно, впредь до этого урегулированія, соответствовало бы и буквѣ закона, и потребностямъ жизни создать для чиншевыхъ участковъ хоть суррогатъ крѣпостнаго реестра въ видѣ официально признанныхъ владѣльческихъ книгъ.

Конечно, такое положеніе представляетъ слишкомъ мало надежную гарантію для земельныхъ банковъ. Хотя по буквѣ закона чиншевые участки едва ли могутъ быть вполне подведены подъ дѣйствіе 1-го п. 76 ст. X раздѣла Уст. Кред., тѣмъ не менѣе, выведенное Правительствующимъ Сенатомъ изъ этой нормы запрещеніе земельнымъ банкамъ отдавать деньги подъ залогъ чиншевыхъ участковъ въ большинствѣ случаевъ оказывается вполне цѣлесообразнымъ. Но какъ разъ въ дѣлѣ Якова Коренблита, по поводу котораго Правительствующій Сенатъ далъ это разъясненіе, цѣлесообразность его сомнительна. Дѣло въ томъ, что чиншевой участокъ Коренблита уже нѣсколько разъ переходилъ изъ рукъ въ руки путемъ несомнѣнныхъ крѣпостныхъ, актовъ, по крѣпостнымъ актамъ достался самому Коренблиту, и, слѣдовательно, долженъ былъ и впредь переходить такимъ же образомъ, какъ занесенный уже въ крѣпостной реестръ. Было бы, кажется, вполне рационально признать, что подобные чиншевые участки, внесенные въ крѣпостной реестръ и переходящіе по крѣпостнымъ актамъ, могутъ быть заклады-

ваемы въ земельныхъ банкахъ. Правительствующій Сенатъ пришелъ къ другому выводу, вѣроятно, потому, что онъ считалъ цитированную статью Устава Кредитнаго запрещающей въ принципѣ залогъ въ земельныхъ банкахъ имуществъ даннаго рода; но мы видѣли, что съ точки зрѣнія строгаго права чиншевыя имущества вообще, какъ таковыя, едва ли могутъ быть подведены подъ дѣйствіе этого закона; а цѣлесообразность оправдываетъ только подведеніе подъ него тѣхъ чиншевыхъ имуществъ, которыя, дѣйствительно, въ порядкѣ своего перехода изъ рукъ въ руки не удовлетворяютъ требованіямъ публичной достовѣрности.

Въ совершенно особомъ положеніи находится залогъ крестьянскихъ надѣльныхъ земель. Въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ земля принадлежитъ всему сельскому обществу, законъ требуетъ для ея отчужденія и залога большинства двухъ третей голосовъ на сходѣ и утвержденія приговора подлежащими властями; когда же собственникомъ является отдѣльное лицо, то оно, согласно закону 9-го ноября 1906 года—14-го іюня 1910 года, можетъ безъ всякихъ ограниченій распоряжаться своимъ надѣломъ и, въ частности, закладывать его. Прежде всякое вообще распоряженіе надѣльной землей было ограничено залогомъ ея по выкупной ссудѣ. Такъ же, какъ тогдашніе общіе законы требовали погашенія закладной при отчужденіи или новомъ залогѣ, такъ спеціальныя крестьянскіе законы требовали погашенія выкупной ссуды. Въ настоящее время, послѣ окончательнаго сложенія выкупныхъ платежей манифестомъ 3 ноября 1905 г., это препятствіе устраняется само собой. То же самое нужно сказать и о другомъ временномъ ограниченіи—объ установленной Высочайше утв. мнѣніемъ Госуд. Совѣта отъ 14 декабря 1893 года и отмѣненной въ 1906 г. названнымъ закономъ 9-го ноября неотчуждаемости надѣла.

Эти правила о неотчуждаемости служили препятствіемъ къ залогу не только крестьянскихъ надѣль-

ныхъ земель въ тѣсномъ смыслѣ, но и нѣкоторыхъ другихъ категорій, на которыя они распространялись по аналогіи. Такъ, на примѣръ, согласно рѣш. Гражд. Касс. Деп. 1902 г. № 94, въ силу закона 1893-го года не подлежали залогу земли бывшихъ Новороссійскихъ урядниковъ и казаковъ, прибрѣтенныя ими на основаніи Высочайшаго повелѣнія отъ 3 дек. 1868 г. Признавая законъ о неотчуждаемости преслѣдующимъ публично-правовыя цѣли, Сенатъ въ томъ-же рѣшеніи нашелъ, что судебныя мѣста обязаны считаться съ нимъ независимо отъ указанія сторонъ. Теперь, когда законъ установилъ свободное распоряженіе крестьянскими участками, всѣ эти ограниченія, само собою понятно, отпадаютъ.

Повидимому, особымъ правиламъ долженъ подчиняться также залогъ недвижимыхъ имуществъ, принадлежащихъ городамъ и земствамъ. Законъ не предусматриваетъ залога подобныхъ недвижимостей; но относящаяся сюда правила можно вывести косвенно изъ правилъ объ ихъ отчужденіи и правилъ о займахъ соответственныхъ общественныхъ учреждений. По статьѣ 68 п. 8 Пол. о Губ. и Уѣзд. Зем. Учр. прибрѣтеніе и отчужденіе недвижимыхъ имуществъ „предоставляется Губернскимъ Земскимъ Собраніямъ въ предѣлахъ губерній и Уѣзднымъ въ предѣлахъ уѣзда“. По ст. 63 п. 12 и 83 п. 8 того же положенія займы разрѣшаются Губернскими Земскими Собраніями и утверждаются Министеромъ Внутреннихъ Дѣлъ. Понятно, что заемъ долженъ подчиняться не менѣе строгимъ правиламъ и тогда, когда онъ сопровождается залогомъ недвижимыхъ имѣній; ограничивать же земства еще болѣе нѣтъ основаній, ибо само отчужденіе имуществъ свободнѣе въ порядкѣ своего разрѣшенія, нежели заемъ. Отсюда, повидимому, нужно прийти къ выводу, что недвижимыя имѣнія земствъ могутъ быть отдаваемы въ залогъ на основаніи тѣхъ же правилъ, коимъ подчиняются земскіе займы, т. е. по постановленію Гу-

бернскаго Земскаго Собранія и съ разрѣшенія Министра Внутреннихъ Дѣлъ.

Нѣсколько болѣе сложный порядокъ принять въ Городовомъ Положеніи. По ст. 63 п.п. 11 и 14 сего Положенія вопросы объ отчужденіи городскихъ имуществъ и „предположенія о займахъ и иныхъ обязательствахъ отъ имени городского населенія“ подлежатъ вѣдѣнію Городской Думы. По ст. 71 п.п. 1 и 4, эти вопросы требуютъ въ Думѣ квалифицированнаго кворума и такого же большинства, именно, „требуется присутствіе: въ городскихъ поселеніяхъ, гдѣ общее число гласныхъ не превышаетъ сорока—не менѣе $\frac{2}{3}$ сего числа, а въ прочихъ поселеніяхъ—не менѣе половины онаго, и принятіе рѣшенія большинствомъ не менѣе двухъ третей присутствующихъ въ собраніи Думы“. Наконецъ, по ст. 79 § 1 п.п. 3 и 4 эти рѣшенія Городскихъ Думъ подлежатъ утвержденію Министра Внутреннихъ Дѣлъ.

Приблизительно такимъ же правиламъ относительно квалифицированнаго большинства въ общихъ собраніяхъ подчиненъ залогъ недвижимости по уставамъ большинства частныхъ обществъ и компаній. И здѣсь правила, касающіяся собственно залога, встрѣчаются рѣдко; чаще приходится выводить ихъ изъ правилъ объ отчужденіи.

Что касается заклада движимости, то объектомъ этой сдѣлки служатъ прежде всего движимыя тѣлесныя вещи. По мнѣнію нѣкоторыхъ изъ нашихъ цивилистовъ (напримѣръ, Анненкова ¹⁾, Шершеневича ²⁾, Васьковскаго ³⁾), тѣлесныя вещи являются даже единственнымъ объектомъ заклада, извѣстнымъ нашему праву. Съ этимъ согласиться трудно. Мы видѣли выше, что процентныя бумаги служатъ объектомъ заклада

¹⁾ Сист. русск. гражд. пр., т. III, стр. 313—4.

²⁾ Учебн. русск. гражд. пр., стр. 352.

³⁾ Учебн. гражд. пр., вып. II, стр. 185.

не въ качествѣ тѣлесныхъ вещей, какъ утверждаетъ Анненковъ ¹⁾, а именно въ качествѣ требованій, въ качествѣ „капитала, въ оныхъ заключающагося“ ²⁾; но еще болѣе рѣшительно опровергается приведенное мнѣніе статьей 134 Уст. Госуд. Банка, по которой объектомъ заклада въ обезпеченіе спеціальнаго текущаго счета могутъ служить, между прочимъ, векселя. Очевидно, движимыя тѣлесныя вещи являются по нашему закону, хотя главными, но отнюдь не единственными объектами заклада.

Среди движимыхъ тѣлесныхъ вещей изъ числа возможныхъ объектовъ заклада должны быть исключены тѣ, которыя вообще изъяты изъ гражданскаго оборота (напримѣръ, указанныя Побѣдоносцевымъ *res sacrae et religiosae*). Хотя Анненковъ полагаетъ, что въ текстѣ закона такого постановленія не содержится ³⁾, однако, оно можетъ быть выведено изъ 1663 ст. X т., постановляющей, что отдающій въ закладъ долженъ обладать по отношенію къ закладываемой вещи правомъ распоряженія: отсюда вытекаетъ, что вещи, которыя не подлежатъ гражданскому обороту, и на которыя, слѣдовательно, право распоряженія ограничено вообще, не могутъ быть объектами заклада.

Въ литературѣ возбуждаетъ сомнѣнія вопросъ, можно ли закладывать отдѣльно въ качествѣ движимыхъ вещей принадлежности недвижимаго имущества. Вопросъ этотъ обсуждался въ Гражд. Касс. Деп. въ 1878 г. по поводу извѣстнаго дѣла о закладѣ администраціей торговаго дома „Дмитрія Корчагина сына и Вильямсъ“ обществу товарныхъ складовъ „Сотрудникъ“ чугунныхъ колоннъ, поддерживавшихъ зданіе завода Корчагиныхъ (рѣш. 1878 г. № 216). Сенатъ призналъ этотъ закладъ недѣйствительнымъ, мотиви-

¹⁾ Л. с., стр. 314.

²⁾ См. выше, стр 198—9.

³⁾ Система, т. III., стр. 334.

руя свое рѣшеніе тѣмъ, что по смыслу 388, 389 и 394 ст. Зак. Гражд. принадлежности становятся самостоятельными объектами гражданского оборота лишь со времени отдѣленія ихъ отъ недвижимости. Подтверженіе этому взгляду и доказательство, „что таковъ истинный смыслъ дѣйствующихъ узаконеній“, Сенатъ усматриваетъ въ постановленіяхъ Устава Гражд. Суд., именно, въ ст. 1110 и 973 п. 8, по которымъ принадлежности „ни въ какомъ случаѣ“ не подвергаются отдѣльному аресту въ качествѣ движимости, а описываются въ составѣ недвижимаго имущества. Къ этой аргументаціи присоединяются Змирловъ ¹⁾ и Анненковъ ²⁾. Наоборотъ, Микулинъ въ статьѣ „Дѣло о закладѣ чугунныхъ колоннъ“ ³⁾ полагаетъ, что принадлежности, какъ подлежащія отдѣльной продажѣ, должны подлежать и отдѣльному закладу. Разрѣшеніе этого спора можно найти въ самомъ законѣ. Изъ сравненія 973, 974 и 975 ст. Уст. Гр. Суд. выясняется, что предметы, связанные съ недвижимымъ имуществомъ не органически, а только единствомъ хозяйственной цѣли, не считаются принадлежностями, такъ какъ законъ допускаетъ въ крайнихъ случаяхъ арестъ подобныхъ предметовъ и абсолютно запрещаетъ арестъ принадлежностей. Отсюда вытекаетъ, что принадлежностями недвижимаго имущества считаются по нашему праву только тѣ вещи, которыя связаны съ нимъ органически, составляя части зданій, заводовъ и другихъ сооружений. Но въ такомъ случаѣ онѣ непосредственно подпадаютъ подъ дѣйствіе 1633 ст. Зак. Гражд., по которой „дворы, заводы, фабрики, мануфактуры и лавки, какъ имѣніе нераздробляемое, не могутъ быть отдаваемы въ залогъ по частямъ“. Само собою понятно, что съ отдѣленіемъ отъ недвижимости такія вещи перестаютъ

1) Змирловъ, I. с., стр. 93—5.

2) Система, т. III, стр. 330.

3) Юридич. Вѣстн. за 1880 г., кн. 11.

быть ея „частью“. Отсюда возможность самостоятельного заклада ихъ при отдѣленіи; отсюда же возможность ихъ продажи, ибо продажа, по общему правилу, влечетъ за собою отдѣленіе въ качествѣ немедленнаго послѣдствія.

Повидимому, законъ не содержитъ препятствій къ отдѣльному закладу въ качествѣ движимаго имущества строеній, возведенныхъ на чужой землѣ, если только лицо, которое ихъ возвелъ, имѣетъ на нихъ отдѣльное право собственности. Въ нашемъ законѣ нигдѣ нѣтъ общаго постановленія, что строенія необходимо составляютъ принадлежность земли, на которой они находятся; такая норма существуетъ только въ видѣ частнаго правила, относящагося къ имѣніямъ населеннымъ ¹⁾. Хотя въ юриспруденціи принято основываться на принципѣ „*superficies solo caedit*“, но едва ли можно безъ точнаго постановленія закона примѣнять этотъ принципъ къ случаямъ, когда лицо, возведшее строеніе на чужой землѣ, имѣетъ на него специально оговоренное отдѣльное право собственности. Нельзя не согласиться съ мнѣніемъ Правит. Сената, который въ рѣш. 1875 г. № 321 и 1901 г. № 6 призналъ, что строенія на чужой землѣ могутъ подлежать отдѣльному закладу. А такъ какъ покупатель такого строенія съ торговъ, если вмѣстѣ съ нимъ не продается право пользованія землей, получаетъ только право отдѣленія и сноса его, то отсюда Сенатъ сдѣлалъ справедливый выводъ, что такія строенія должны закладываться въ качествѣ имущества движимаго. При этомъ закладѣ, конечно, было-бы трудно настаивать на строгомъ соблюденіи всѣхъ предписанныхъ закономъ формальностей. Опечатаніе закладываемыхъ строеній и передача ихъ кредитору за печатями должника и свидѣтелей (ст. 1670 и 1671 Зак. Гражд.) едва ли имѣла-бы практическій смѣсль. Съ одной стороны, при закладѣ строеній индивидуальность вещи и безъ этихъ

¹⁾ Ст. 386 Зак. Гражд.

формальностей является вполне определенной и несомненной, а съ другой стороны сдѣлка эта представляется по своему существу настолько громоздкой, что законодателю нѣтъ особой надобности обезпечивать вступающимъ въ нее лицамъ исключительно легкой способъ распознаванія юридическаго состоянія объекта.

Этихъ разсужденій, очевидно, нельзя примѣнять къ тому случаю, когда объектомъ заклада служатъ не строения, искусственно причисляемая къ движимымъ имуществамъ, а какія нибудь другія вещи, съ большимъ трудомъ поддающіяся индивидуальному опредѣленію. Здѣсь невозможность исполнить предписанныя закономъ формальности, какъ призналъ и Сенатъ въ рѣш. 1871 г. № 1255, дѣлаетъ невозможнымъ и самый закладъ. Поэтому, Сенатъ въ цитированномъ рѣшеніи справедливо нашель, что закладу не подлежатъ до своего отдѣленія корни растений, находящіяся въ землѣ ¹⁾.

Третій вопросъ, возникающій въ связи съ закладомъ движимыхъ тѣлесныхъ вещей, это вопросъ, можно ли закладывать объекты составные съ измѣняющимися составными частями, на примѣръ, табунъ, магазинъ, библіотеку. Шершеневичъ ²⁾ и, вслѣдъ за нимъ, Анненковъ ³⁾, рѣшаютъ его утвердительно. Нѣкоторое основаніе для такого рѣшенія можно было бы найти

¹⁾ Въ сводахъ кассационныхъ положеній и въ комментированныхъ изданіяхъ X т. можно найти тезисъ со ссылкой на рѣш. 1870 г. № 1847, позволяющій отдѣльный закладъ актовъ и плановъ на недвижимое имущество (см., напр., сводъ Псаченко и X т. въ изд. Тютрюмова). Этотъ тезисъ представляетъ, кажется, недоразумѣніе: Сенатъ въ своемъ рѣш. не разбиралъ вопроса о дѣйствительности такого заклада, а высказалъ только положеніе, что заключающій его актъ еще не содержитъ ео ірсо залога недвижимости. Теоретически нужно признать отдѣльный закладъ актовъ для современнаго права невозможнымъ, потому что они не имѣютъ самостоятельной мѣновой цѣнности.

²⁾ Г. с., изд. 2-е, стр. 312.

³⁾ Г. с., стр. 335.

въ текстѣ закона. Именно, 1633 ст., запрещая закладывать лавку по частямъ, тѣмъ самымъ дозволяетъ а contrario закладывать ее въ цѣломъ составѣ. Такъ какъ на ряду съ лавками „дворы“ упоминаются отдѣльно, то это даетъ основаніе думать, что подъ лавкою въ данномъ случаѣ понимается не одно строеніе, а весь магазинъ, какъ хозяйственное цѣлое. Особенно подтверждается этотъ взглядъ сопоставленіемъ лавки въ цитированной статьѣ, устанавливающей ея нераздробляемость, съ заводомъ и мануфактурой, которые, по ст. 388 и 394, являются нераздробляемыми именно въ составѣ хозяйственныхъ единицъ. Предполагая, что въ составѣ хозяйственнаго цѣлага закладывается и строеніе, законъ говоритъ о лавкѣ при залогѣ, какъ объ имуществѣ недвижимомъ; но само собою понятно, что, если только залогъ составного объекта признается закономъ въ принципѣ, его правильность не уменьшается въ тѣхъ случаяхъ, когда самое строеніе въ составъ объекта не входитъ.

Изъ числа составныхъ объектовъ въ особомъ положеніи находятся желѣзныя дороги. У насъ въ Россіи, гдѣ значительное большинство желѣзныхъ дорогъ принадлежитъ казнѣ, вопросъ о залогѣ желѣзныхъ дорогъ едва-ли можетъ имѣть значительную остроту въ практикѣ. Но его значенія, тѣмъ не менѣе, нельзя игнорировать; особенно не слѣдуетъ этого дѣлать въ виду того, что подъѣздыя желѣзныя дороги существуютъ въ качествѣ принадлежностей при многихъ имѣніяхъ и заводахъ, при залогѣ которыхъ вопросъ о дорогѣ можетъ оказаться весьма важнымъ. Въ принципѣ нашъ законъ, повидимому, не содержитъ для такого залога никакихъ препятствій. Но желѣзныя дороги, въ противоположность большинству другихъ составныхъ объектовъ, могутъ подлежать залогу только въ качествѣ недвижимаго имущества. Такое ограниченіе необходимо вытекаетъ изъ экономическаго характера желѣзнодорожнаго предпріятія. Для его экономической цѣльно-

сти, для возможности выполнения имъ своей экономической роли, полоса земли, по которой проходитъ колея, составляетъ существенный и совершенно необходимый ингрѣдиентъ. Когда рѣчь идетъ о лавкѣ, то въ экономическомъ смыслѣ безразлично, входитъ-ли недвижимое имущество въ составъ этого объекта или не входитъ. Магазинъ, какъ хозяйственная единица, есть совокупность товаровъ, фирмы, торговыхъ связей, возникшихъ по торговлѣ правъ и обязанностей, и экономическое значеніе этой единицы не мѣняется въ зависимости отъ того, находятся-ли товары въ собственномъ помѣщеніи или въ нанятомъ. Виѣшнее выраженіе этой независимости отъ недвижимаго имущества заключается въ томъ, что магазинъ можетъ переходить изъ одного помѣщенія въ другое, не теряя своего тождества. Наоборотъ, желѣзная дорога въ осуществленіи своей хозяйственной задачи неразрывно связана съ опредѣленными участками недвижимости, къ которымъ она даже физически прикрѣплена рельсовымъ путемъ и необходимыми постройками. Поэтому, въ случаяхъ, когда залогъ этихъ участковъ для владѣльца желѣзной дороги недоступенъ, онъ можетъ только закладывать по отдѣленіи подвижной составъ, но не можетъ заложить всей дороги въ качествѣ одного совокупнаго объекта. Такое положеніе возникаетъ, когда участки не состоятъ ни въ собственности, ни въ безсрочномъ владѣніи собственника дороги, а только въ срочномъ его пользованіи; обыкновенно въ такихъ случаяхъ вся дорога находится въ обладаніи соорудившаго ее лица лишь до известнаго срока, по истеченіи котораго она переходитъ къ собственнику земли. Тамъ, гдѣ земля состоитъ въ собственности или безсрочномъ владѣніи владѣльца дороги, повидимому, нѣтъ теоретическихъ препятствій къ залогу послѣдней въ качествѣ недвижимаго имущества, причемъ подвижной составъ, хотя и не связанный съ дорогой физически, могъ-бы, тѣмъ не менѣе, фигурировать въ роли принадлежностей (какъ, на примѣръ,

инвентарь при залогѣ имѣнія, рафинадныя формы при залогѣ сахаро-рафинаднаго завода и т. д.). Если рѣчь идетъ о подъѣздномъ пути при имѣнии или промышленномъ предпріятіи, то онъ можетъ быть заложенъ не только отдѣльно, но и въ общемъ составѣ имѣнія въ качествѣ принадлежности послѣдняго. На практикѣ вопросъ о залогѣ желѣзныхъ дорогъ можетъ значительно осложниться еще однимъ обстоятельствомъ. Именно, желѣзныя дороги часто значительно растянуты въ пространствѣ, и ихъ земельные участки принадлежатъ къ округамъ различныхъ старшихъ нотаріусовъ. Насколько намъ извѣстно, жизнь такого случая еще не выдвигала (по крайней мѣрѣ, у насъ въ Россіи); законъ нашъ также его не предусматриваетъ. Думается, что въ случаяхъ, когда залоговое право устанавливается не на отдѣльныхъ участкахъ, расположенныхъ въ разныхъ округахъ, а на всей дорогѣ въ цѣломъ, въ качествѣ хозяйственнаго предпріятія, залогъ долженъ подлежать совершенно особымъ правиламъ. Было-бы желательно установить эти правила законодательнымъ путемъ.

Возможность заклада акцій и процентныхъ бумагъ не подвергалась спору ни въ практикѣ, ни въ трудахъ нашихъ юристовъ. Законъ говоритъ объ ихъ закладѣ во многихъ статьяхъ. Какъ мы уже неоднократно упоминали, онѣ служатъ объектами заклада не въ качествѣ тѣлесныхъ движимыхъ вещей, а въ качествѣ правъ, представителями которыхъ онѣ являются.

Это свойство заклада процентныхъ бумагъ служить однимъ изъ основаній къ признанію возможнымъ объектомъ заклада по нашему праву также и долговыхъ требованій. Многія процентныя бумаги представляютъ сами не болѣе, какъ долговья требованія; таковы большинство правительственныхъ бумагъ, а изъ частныхъ облигаціи, закладныя листы и банковые билеты. Ст. 134 Уст. Госуд. Банка, допуская закладъ векселей, этимъ ясно подтверждаетъ возможность заклада долговыхъ требованій по русскому праву. Изъ

нашихъ цивилистовъ Струговъ основываетъ такую возможность на 402 ст. т. X ч. I, по которой „заемныя письма, векселя, закладныя и обязательства всякаго рода принадлежать къ имуществамъ движимымъ“¹⁾.

Иначе рѣшается вопросъ о возможности заклада самого залогового права. По справедливому мнѣнію Побѣдоносцева²⁾, Анненкова³⁾ и Маркова⁴⁾, на него долженъ быть распространенъ запретъ нашего законодательства, касающійся цессіи закладныхъ. Однако, теперь, когда практика стала допускать цессію закладныхъ съ согласія залогодателя и Правительствующей Сенатъ въ нѣсколькихъ рѣшеніяхъ призналъ такую цессію непротиворѣчащей духу и смыслу закона⁵⁾, слѣдуетъ, кажется, признать и возможность заклада ихъ подъ тѣмъ же условіемъ⁶⁾.

Что касается заклада правъ сервитутныхъ, или какъ называетъ ихъ нашъ законъ, права участія частнаго въ пользованіи и выгодахъ чужого имущества, то они, повидимому, самостоятельными объектами заклада служить не могутъ. Личныя сервитуты, установленныя въ пользу опредѣленнаго лица, не подлежатъ отчужденію и, слѣдовательно, не могутъ подлежать и залогу; сервитуты-же вещныя неразрывно связываются съ опредѣленнымъ имуществомъ и не могутъ быть заложены отдѣльно отъ него. Такое ограниченіе права залога относительно вещныхъ сервитутовъ имѣетъ и теоретическое основаніе. Вещныя сервитуты—напримѣръ, *ius itineris* или *servitus oneris ferendi*—имѣютъ цѣнность только для владѣльца опредѣленнаго соотвѣстнаго участка и совершенно лишены рыночной цѣн-

¹⁾ Струговъ, „О закладѣ долговыхъ требованій“, стр. 183.

²⁾ Курсъ Гражд. Пр., т. I, стр. 601.

³⁾ Система, т. III, стр. 333.

⁴⁾ Ор. cit., стр. 232.

⁵⁾ Рѣш. 1898 г. № 20 и др.

⁶⁾ По вопросу объ уступкѣ закладныхъ и допустимости ея въ нашемъ правѣ см. ниже, въ слѣд. главѣ.

ности; это дѣлаетъ ихъ объектами, для залога непригодными. Тамъ, гдѣ залогъ ихъ допускался въ принципѣ, онъ былъ возможенъ лишь при исключительныхъ условіяхъ и въ довольно оригинальной формѣ: въ качествѣ условнаго установленія сервитута въ пользу кредитора на случай неудовлетворенія по обязательству. Легко видѣть, что такая сдѣлка совершенно не соответствовала-бы современнымъ понятіямъ о залогѣ.

Наконецъ, наше право причисляетъ къ объектамъ заклада наличныя деньги. По нашему закону деньги принимаются въ закладъ по договорамъ съ казною¹⁾, на торгахъ²⁾, въ уголовномъ судѣ³⁾, въ качествѣ кассационнаго залога⁴⁾, залога нотаріусовъ⁵⁾ и судебныхъ приставовъ⁶⁾. Повидимому, въ законѣ нѣтъ препятствій къ признанію ихъ годнымъ объектомъ заклада и между частными лицами; тѣмъ болѣе, что статья 402 причисляетъ и ихъ къ разряду движимыхъ имуществъ.

По общему правилу статей 1629 и 1663 т. X ч. I, *субъектомъ залоговой сдѣлки* можетъ быть только собственникъ закладываемаго имущества. Именно, по 1629 ст. „отдавать въ залогъ можно токмо то имущество, которое принадлежит отдающему на правѣ собственности“, а по 1663 ст. „закладывать движимое имущество можетъ токмо то лицо, которому оно принадлежит въ собственность съ правомъ отчужденія“.

Нѣкоторые изъ нашихъ цивилистовъ считаютъ правила о залогѣ по договорамъ съ казною, гдѣ допускается представленіе въ залогъ чужого имущества, про-

¹⁾ Пол. о Каз. Подр., ст. 77, п. 1.

²⁾ Напр., Уст. Двор. Банка, ст. 33 прил. къ ст. 78.

³⁾ Уст. Угол. Суд., ст. 423.

⁴⁾ Уст. Гражд. Суд., ст. 800; Уст. Угол. Суд., ст. 177.

⁵⁾ Пол. о Нот. Части, ст. 8.

⁶⁾ Учр. Суд. Уст., ст. 302, прим. 1.

творѣчащими этому положенію ¹⁾. По мнѣнію же большинства, разрѣшеніе закладывать чужое имущество съ согласія хозяина должно быть распространяемо и на сдѣлки между частными лицами, такъ какъ оно не нарушаетъ правила, что залогъ происходитъ только по волѣ собственника ²⁾. Подтвержденіе этому взгляду его сторонники находятъ въ 1 п. 1629 ст. и 1 п. 1664 ст., дозволяющихъ а contrario залогъ и закладъ чужого имущества съ разрѣшенія собственника.

Кажется, что этотъ споръ основанъ въ значительной мѣрѣ на неточной терминологіи закона. Было бы точнѣе говорить во всѣхъ этихъ случаяхъ не о залогѣ чужого имущества, а о залогѣ за чужой долгъ. Обращаясь къ Пол. о Каз. Подр., мы увидимъ, что самъ законъ называетъ во всѣхъ статьяхъ залогодателемъ только собственника заложенаго имущества; и это вполнѣ соответствуетъ истинному характеру отношеній. Хотя самое „представленіе“ залога производится не собственникомъ его, а контрагентомъ казны, но онъ представляетъ въ залогъ чужое имущество не по собственному праву, приобрѣтенному особой сдѣлкой, а по специальному полномочію отъ собственника, по довѣренности. Гантоверъ считаетъ довѣренность въ данномъ случаѣ неудачной формой, искажающей сущность обоихъ договоровъ ³⁾. Онъ основываетъ свой взглядъ на ст. 71 и 72 Пол. о Каз. Подр., по которымъ довѣренность является срочной и до срока не можетъ быть уничтожена довѣрителемъ, сохраняя силу даже въ случаѣ его смерти. Не буквальный текстъ 72 ст. показываетъ, что уничтоженіе довѣренности становится невоз-

¹⁾ Змирловъ, I. с., стр. 89—90; Гантоверъ, Залоговое Право, стр. 59—60.

²⁾ Анненковъ, Система, т. III, стр. 310—11; Мейеръ, Русск. Гражд. Пр., т. II, стр. 219; Кавелинъ, Права и обязанности стр. 171; Побѣдоносцевъ, Курсъ Гр. Пр., т. I, стр. 579; Шершеневичъ, Уч. Р. Гр. Пр., стр. 354; Васьяковский, I. с., стр. 184.

³⁾ Гантоверъ, Залоговое Право, стр. 59—60.

можнымъ лишь съ того момента, когда, на основаніи ея, имущество уже будетъ представлено въ залогъ на торгахъ, т. е. когда договоръ залога уже будетъ совершенъ на основаніи этого акта. Трудно усмотрѣть въ такомъ постановленіи искаженіе смысла договора довѣренности. Неудачной является только формальная сторона. Если бы довѣренность редактировалась въ смыслѣ уполномочія данному лицу представить такое то имущество въ залогъ въ такой то суммѣ до такого то срока, она, вѣроятно, не возбуждала бы никакихъ сомнѣній; это было бы именно то „законное уполномочіе отъ собственника“, которое предусмотрено 1 п. 1629 ст. Зак. Гражд. Не возбуждала бы сомнѣній и невозможность прекращенія залога до срока односторонней волей залогодателя: такъ какъ довѣренность была бы нужна лишь для самаго совершенія залога, а впослѣдствіи залоговое право продолжало бы существовать уже независимо отъ нея (подобно тому, какъ между частными лицами при совершеніи залога не самимъ залогодателемъ, а его повѣреннымъ), то даже послѣдующее уничтоженіе довѣренности не могло бы устранить правъ залогодержателя. Поэтому, съ Гантоверомъ, кажется, можно согласиться лишь отчасти. Именно, нужно согласиться, что было бы правильнѣе редактировать довѣренность не въ видѣ срочнаго права представить имущество въ залогъ отъ своего лица, а въ видѣ уполномочія представить его въ залогъ на срокъ не болѣе извѣстнаго предѣла непосредственно отъ лица собственника. Въ той формѣ, въ какой довѣренность примѣняется теперь, она является не совсѣмъ удачнымъ способомъ выразить возникающія отношенія. Но самый залогъ, все таки, совершается по волѣ собственника; слѣдовательно, это не есть исключеніе изъ правила, выраженнаго въ 1629 и 1663 ст. Зак. Гражд.

Повидимому, въ принципѣ не являются исключеніемъ изъ этого правила также тѣ случаи, въ которыхъ 2-ой п. 1629 ст. предоставляетъ право на за-

логъ имущества его пожизненному владѣльцу. Дѣйствуя на основаніи духовнаго завѣщанія и притомъ съ дозволенія Правительствующаго Сената въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, залогодатель распоряжается имуществомъ не столько въ качествѣ пожизненнаго владѣльца, сколько въ качествѣ душеприказчика и даже опекуна наслѣдниковъ. Такое пониманіе 2 п. 1629 ст. подтверждается и ея законодательными источниками. Изъ нашихъ цивилистовъ этого взгляда придерживается Анненковъ¹⁾; болѣе обстоятельно былъ разработанъ этотъ вопросъ въ цитированномъ выше докладѣ проф. Удинцева²⁾.

Едва ли можно считать исключеніемъ изъ общаго принципа также и правило 1301 ст. т. X ч. I, по которой залогъ, совершенный наслѣдниками по закону до предъявленія духовнаго завѣщанія, остается дѣйствительнымъ и послѣ утвержденія послѣдняго³⁾; здѣсь въ моментъ залога имѣніе безусловно предполагается принадлежащимъ залогодателямъ на правѣ полной собственности. Въ рѣшеніи 1904 г. № 23 Гражд. Касс. Деп. нашель, что основаніемъ этой нормы служить защита интересовъ добросовѣстныхъ третьихъ лицъ, которыя никоимъ образомъ не могли узнать о недостаточности правъ залогодателя—другими словами, принципъ публичности.

Нужно замѣтить, что принципъ публичности, вообще, не является совершенно чуждымъ нашему законодательству. Хотя Правительствующій Сенатъ въ цѣломъ рядѣ рѣшеній, проходящемъ черезъ всю его практику, настаивалъ на поворотѣ въ случаѣ отчужденія или залога имущества лицомъ, не имѣю-

¹⁾ Система, т. III (2-е изд.), стр. 327.

²⁾ См. выше, стр. 267.

³⁾ Прав. Сенатъ въ рѣш. 1891 г. № 105, 1890 г. № 43 и 1880 г. № 101 разъяснилъ, что это правило должно примѣняться и въ обратномъ случаѣ залога имѣнія душеприказчиками или завѣщательными наслѣдниками до предъявленія спора о дѣйствительности завѣщанія.

выбору того, кому имѣніе возвращается, или сумму, за которую онъ продалъ сію землю, или же цѣну оной по подлежащей оцѣнкѣ и опредѣленію суда“. Здѣсь собственнику предоставленъ только выборъ, какую изъ двухъ суммъ онъ желаетъ получить, но совершенно не предоставлено права виндицировать самую землю. По смыслу этой статьи, такого права за нимъ и нельзя признать, потому что тогда недобросовѣстный владѣлецъ долженъ былъ-бы вознаграждать не собственника, а пострадавшаго покупателя. Хотя по ст. 691 „каждый имѣеть право отыскивать свое имущество изъ чужого неправильнаго владѣнія“, но то понятіе „неправильнаго владѣнія“, къ которому можетъ быть примѣнена эта статья, кажется, значительно болѣе узко, нежели обыкновенно принято думать. Если мы обратимся къ нормамъ 523—529 ст., то мы убѣдимся, что незаконнымъ владѣніемъ законодатель, повидимому, признаетъ, вопреки мнѣнію Сената¹⁾, только владѣніе того лица, которое само непосредственно нарушило права собственника. Это можно усмотрѣть:

1) изъ текста ст. 525—528, которыя раздѣляютъ незаконное владѣніе на подложное, насильственное и самовольное, приписывая всѣмъ тремъ видамъ элементъ злой воли;

2) изъ сличенія 1301 ст., оставляющей въ силѣ права, установленныя въ пользу добросовѣстныхъ третьихъ лицъ на имѣніе свободное и безспорное, со ст. 529, перечисляющей подъ именемъ „добросовѣстнаго владѣнія“ *цѣлый рядъ* случаевъ, когда имѣніе свободно и безспорно, а самъ владѣлецъ заблуждается относительно законности своего владѣнія, и помѣщающей именно въ ихъ числѣ тотъ конкретный случай, о которомъ говоритъ 1301 ст.;

3) изъ буквальнаго текста 524 ст., по которой „владѣніе признается законнымъ, когда имущество приобретено способами, въ законахъ дозволенными“.

¹⁾ Рѣш. 1889 г. № 79, 1891 г. № 105 и др.

Эти нормы въ связи съ приведенными прежде позволяютъ думать, что нашъ законъ въ случаяхъ коллизіи интересовъ собственника съ интересами добросовѣстныхъ третьихъ лицъ склоняется скорѣе къ защитѣ послѣднихъ. То-же самое можно заключить въ отношеніи движимыхъ имуществъ изъ 1512 ст., изъ которой слѣдуетъ а contrario, что вещь, купленная съ поручительствомъ, не можетъ быть отнята у покупателя, хотя-бы даже она въ послѣдствіи оказалась краденной. Повидимому, законъ не заключаетъ препятствій къ тому, чтобы примѣнять тотъ-же принципъ защиты третьихъ лицъ и къ залогу.

Но какъ бы мы ни разсматривали значеніе этихъ законовъ, они не должны почитаться исключеніемъ изъ правила, что закладывать можетъ только собственникъ. Если даже возможно признать неизбежнымъ залогъ, совершенный другимъ владѣльцемъ, то лишь на томъ основаніи, что въ моментъ совершенія сдѣлки онъ предполагался собственникомъ. Слѣдовательно, принципъ, что закладывать можетъ только собственникъ, остается нерушимымъ въ обоихъ случаяхъ; вся разница въ томъ, что, по одному воззрѣнію, залогодатель долженъ непременно быть дѣйствительнымъ собственникомъ, а по другому залогъ дѣйствителенъ и тогда, когда залогодатель былъ лишь предполагаемымъ собственникомъ.

Однако, наше право, повидимому, все таки допускаетъ случаи, гдѣ залогъ совершается по собственному праву лицомъ, которое не только не состоитъ дѣйствительнымъ собственникомъ закладываемаго имущества, но даже не выдаетъ себя за такового. Мы видѣли выше, что у насъ возможенъ залогъ недвижимости посессионнымъ и чиншевымъ владѣльцемъ¹⁾. Конечно, въ случаѣ взысканія по такой закладной покупатель имущества съ публичныхъ торговъ приобретаетъ его не въ собственность, а въ посессионное или чиншевое владѣніе; но безсрочный и, если можно такъ

¹⁾ См. выше, стр. 267 - 273.

выразиться, исчерпывающий характер владѣнія, ограниченнаго лишь извѣстными обязанностями передъ собственникомъ, придаетъ и залоговой сдѣлкѣ характеръ залога самой вещи, а не только владѣльческаго права. Въ молодой еще практикѣ залога посессионныхъ земель, кажется, не было случая, чтобы заложенный заводъ со своими землями былъ отобранъ у заводчика по 321 ст. Уст. Горн.; но позволительно думать, что, если бы такой случай произошелъ, онъ не нарушилъ бы самостоятельныхъ правъ залогодержателя.

Второй случай, гдѣ имущество закладывается не собственникомъ и безъ спеціальнаго уполномочія отъ собственника—это бодмерея, отмѣченная въ качествѣ исключенія въ самомъ X томѣ, именно, во 2-мъ прим. къ 1663 ст. Правила о бодмереѣ помѣщены во 2-ой ч. XI т., въ ст. 429—433 Уст. Торг. Законъ нашъ не считаетъ бодмерею особымъ институтомъ, а подводитъ ее подъ общее понятіе о закладѣ движимости, что доказывается 432 ст. Уст. Торг.: „Удовлетвореніе заимодавца... производится по общимъ правиламъ объ удовлетвореніи заимодавцевъ, имѣющихъ закладъ. Сіе явствуетъ изъ того, что въ законахъ нѣтъ особыхъ правилъ объ удовлетвореніи по письмамъ бодмерейнымъ“. Между тѣмъ, при бодмереѣ корабельщикъ, т. е. начальникъ корабля, закладываетъ не только не принадлежащее ему судно, но даже ввѣренныя для перевозки грузы. Однако, бодмереѣ едва ли можно придавать принципиальное значеніе. Законъ разрѣшаетъ ее „не иначе, какъ только въ самой крайней необходимости“ (ст. 431). Это не есть нормальный юридическій институтъ; это право необходимости, права самосохраненія. Въ томъ же мѣстѣ, гдѣ законъ разрѣшаетъ бодмерею, онъ разрѣшаетъ корабельщику въ случаѣ крайности брать силой припасы съ другого судна и называетъ это „займомъ припасовъ на морѣ“ (ст. 434—437). Хотя по точному правилу 427 ст. такой заемъ „не считается разбоемъ“, но едва ли кто нибудь рѣшится пользоваться этими постановленіями при изученіи института займа.

Въ иномъ юридическомъ положеніи находится третье исключеніе изъ правила, что право на закладъ и залогъ существуетъ только для собственника. Это исключеніе, какъ и первое, имѣетъ значеніе принципиальное, и притомъ, благодаря своей громадной роли на практикѣ, значеніе весьма важное. Мы говоримъ о закладѣ правъ требованія. Здѣсь залогодатель не имѣетъ права собственности на предметъ своего требованія; что же касается самаго требованія, какъ такового, то понятіе о собственности къ нему, вообще, едва ли приложимо. А между тѣмъ, закладъ этихъ правъ практически возможенъ и юридически допустимъ. Теоретическое основаніе для такого залога состоитъ въ томъ, что право собственности залогодателя важно въ качествѣ условія сдѣлки не во всемъ своемъ объемѣ, а въ одной только части—въ правѣ распоряженія, въ правѣ на мѣновую цѣнность. Поэтому, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ свойство объекта не позволяетъ приложить къ нему понятіе о правѣ собственности въ полномъ объемѣ, залогъ его, тѣмъ не менѣе, еще не становится отъ этого невозможнымъ: право на залогъ принадлежитъ тому, кто можетъ располагать мѣновой цѣнностью объекта.

Если бы мы пожелали обнять всѣ извѣстные нашему праву случаи залога (конечно, кромѣ бодмерей), то мы должны были бы остановиться не на томъ правилѣ дѣйствующаго закона, по которому закладывать можетъ только собственникъ, а именно на теоретическихъ началахъ, вытекающихъ изъ опредѣленія залога. Такъ какъ залогъ есть право на мѣновую цѣнность изъ даннаго объекта ¹⁾, то, очевидно, установить залогъ можетъ только то лицо, которое можетъ распоряжаться мѣновой цѣнностью объекта. Если рѣчь идетъ о движимой тѣлесной вещи или о владѣльческой недвижимости, этимъ лицомъ является собственникъ, дѣйствительный или предполагаемый; если рѣчь идетъ о недвижимости.

¹⁾ См. выше, стр. 245.

состоящей на possessiонномъ или чиншевомъ правѣ, такимъ лицомъ является possessiонный или чиншевой владѣлецъ; наконецъ, если рѣчь идетъ о безтѣлесной, идеальной вещи, о правѣ, такимъ лицомъ является управомоченный субъектъ. Кажется, гораздо точнѣе опредѣлений, изложенныхъ въ ст. 1629 и 1663 Зак. Гражд., было бы опредѣленіе 1627 ст.: „отдавать въ залогъ недвижимое имущество могутъ токмо тѣ, кои имѣютъ право отчуждать оное продажею“. Слѣдовало бы только распространить эту статью на всѣ имущества, и, соотвѣтственно расширенію объекта, дополнить ее словами: продажею или цессіей.

Исходя изъ этого общаго правила, нетрудно разрѣшить вопросъ о томъ, можетъ-ли закладывать имущество лицо, которое въ своемъ правѣ собственности ограничено резолютивными условіями. Очевидно, залогъ возможенъ въ томъ случаѣ, если резолютивныя условія, ограничивающія право собственности, не препятствуютъ продажѣ. Если право собственности перешло къ данному лицу съ такимъ условіемъ, что оно можетъ свободно распоряжаться имуществомъ, но если имущество окажется еще у него во время наступленія такого-то предполагаемаго событія, то его право собственности прекращается,—очевидно, въ такомъ случаѣ до наступленія резолютивнаго условія собственникъ можетъ свободно закладывать свое имущество. Случай такого рода можно найти въ X т. Мы говоримъ о дареніи. По ст. 976 „если даръ учиненъ подъ условіемъ, и условіе со стороны получившаго даръ не исполнено, то даръ возвращается дарителю“; по ст. 974 возвращенію подлежить всякій даръ въ случаѣ покушенія одареннаго на жизнь или честь дарителя. Возникаетъ вопросъ: можетъ-ли одаренный при такомъ характерѣ своего права собственности закладывать подаренное ему имущество? Вопросъ этотъ разбирался Сенатомъ по извѣстному дѣлу Посудовской (рѣш. 1886 г. № 62); и Сенатъ совершенно справедливо разрѣшилъ его въ

томъ смыслѣ, что такой залогъ возможенъ, за исключеніемъ только случая, когда притязанія дарителя были обезпечены запрещеніемъ.

Правила о лицахъ, могущихъ принимать въ залогъ, изложены въ ст. 1628 и 1665 т. X ч. I. По 1628 ст., „принимать въ залогъ недвижимое имущество могутъ токмо тѣ, коимъ дозволено по праву ихъ состоянія владѣть онымъ“; по ст. 1665 „принимать въ закладъ движимое имущество можетъ всякій, кто въ правѣ отдавать въ займы деньги“ съ исключеніемъ для церквей, которымъ давать деньги подъ заклады воспрещено. Первая изъ этихъ статей датируетъ отъ того времени, когда заложенное имущество въ случаѣ просрочки переходило въ собственность залогодержателя. Въ настоящее время она въ значительной мѣрѣ является анахронизмомъ. Теперь, когда право залога превратилось изъ условнаго права на присвоеніе объекта въ условно осуществляемое право на опредѣленную мѣновую цѣнность изъ объекта, съ точки зрѣнія правъ состоянія совершенно безразлично, предъ какимъ лицомъ заложенный объектъ отвѣчаетъ своей цѣнностью. Нельзя поэтому не признать, что на практикѣ ст. 1628 должна быть толкуема ограничительно. Правит. Сенатъ въ рѣш. Гражд. Касс. Деп. 1882 г. № 13 такъ и поступилъ, разъяснивъ, что поляки, ограниченные въ правѣ вновь приобрѣтать имѣнія не по состоянію, а по происхожденію, могутъ принимать ихъ въ залогъ, но только не имѣютъ права ни получать ихъ во временное владѣніе, ни оставить за собою по закладной. Въ рѣш. 1893 г. № 7 Сенатъ высказалъ аналогичный взглядъ и относительно потомственныхъ казачьихъ земель Малороссійскихъ казаковъ, которыя по ст. 698 т. IX Зак. о Сост. не могутъ быть отчуждаемы лицамъ другихъ сословій: именно, Сенатъ призналъ, что залогъ подобныхъ земель долженъ почитаться свободнымъ, но приобрѣтать ихъ съ публичнаго торга могутъ только казаки. Съ принципіальной точки зрѣнія было

бы правильно распространить это ограничительное толкованіе и на всё другія запретительныя правила въ области приобрѣтенія недвижимыхъ имуществъ. Важнѣйшія изъ этихъ правилъ касаются евреевъ. Но здѣсь ограничительное толкованіе, допускающее принятіе недвижимыхъ имуществъ въ залогъ, затрудняется тѣмъ, что спеціальныя законы, устанавливающіе запретительныя правила для евреевъ, содержатъ *explicito* воспрещеніе евреямъ принимать нѣкоторыя имущества въ залогъ. Временными правилами 3 мая 1882 г. установлено вошедшее во 2-е прим. къ 780 ст. Зак. о Сост. запрещеніе совершать на имя евреевъ купчія и закладныя крѣпости на недвижимыя имѣнія, находящіяся въ чертѣ еврейской осѣдлости внѣ городовъ и мѣстечекъ, а Высочайше утвержденное Положеніе Комитета Министровъ отъ 3 апрѣля 1903 г. распространило это ограниченіе и на мѣстности, лежащія внѣ черты осѣдлости.

Съ другой стороны, какъ 1628, такъ и 1665 ст. являются для современнаго быта недостаточно полными. Ихъ слѣдовало бы дополнить указаніемъ на юридическихъ лицъ, которыя могутъ принимать имущества въ залогъ и закладъ лишь въ томъ случаѣ, если это разрѣшено имъ уставомъ, и въ тѣхъ предѣлахъ, въ какихъ уставъ это дозволяетъ.

Уже по окончаніи настоящей работы мнѣ случилось встрѣтиться съ чрезвычайно интересной въ теоретическомъ отношеніи закладной, выданной нѣсколькимъ лицамъ Товариществомъ Черкаскаго Сахаро-Рафинаднаго Завода, въ общей суммѣ 1,000,000 рублей. Залогодержателями по этой оригинальной закладной являются „дворянка Наталія Федоровна Терещенко и жена статскаго совѣтника Надежда Федоровна Муравьева-Апостоль, рожденная Терещенко, въ суммѣ 215000 рублей, дѣйствительный статскій совѣтникъ Александръ Николовичъ Терещенко въ суммѣ 178000 руб., графиня Марія Евстафьевна Браицкая въ суммѣ 448000 р.

и графъ Владиславъ Александровичъ и графиня Юлія Альфредовна Браницкіе въ суммѣ 159000 рублей“. Такимъ образомъ, залогодержателями являются 6 лицъ, распадающихся на 4 группы, изъ которыхъ каждая имѣетъ отдѣльно опредѣленную претензію.

Нужно замѣтить, что подобный залогъ въ законѣ совершенно не предусмотрѣнъ. Наоборотъ, нашъ законъ во всѣхъ своихъ постановленіяхъ всегда рассматриваетъ залогодержателя, какъ одно лицо. Всѣ процессуальныя постановленія нашего законодательства, напримеръ, о временномъ владѣніи, объ оставленіи имущества за собою по закладной, неизмѣнно рассчитаны на единство воли каждаго залогодержателя, располагающаго отдѣльнымъ залоговымъ правомъ. Да и вообще, законъ тщательно избѣгаетъ всякаго осложненія залоговой сдѣлки не только путемъ участія нѣсколькихъ залогодержателей, но даже путемъ участія нѣсколькихъ совокупно закладываемыхъ объектовъ. По смыслу закона, залогъ всегда есть отношеніе, обеспечивающее одинъ конкретный долгъ, лежащій на одномъ конкретномъ имѣніи въ пользу одного конкретнаго лица. Согласно ст. 1644 т. X ч. I, даже въ случаѣ, если этотъ долгъ лежитъ на нѣсколькихъ имѣніяхъ, онъ долженъ быть раздѣленъ между ними и должно быть совершенно соответственное количество отдѣльныхъ закладныхъ, или, по крайней мѣрѣ, раздѣленіе должно быть строго проведено въ общемъ залоговомъ актѣ¹⁾. Что касается множественности на сторонѣ залогодержателей и множественности ихъ претензій, то законодатель не предусмотрѣлъ случая, когда нѣсколько лицъ, сложив-

¹⁾ Нужно замѣтить, что разбираемая закладная нарушаетъ это правило и непосредственно. Именно, въ составѣ залоговннаго имущества имѣется *нѣсколько* различныхъ участковъ, пріобрѣтенныхъ въ разное время отъ разныхъ лицъ по разнымъ актамъ и даже не смежныхъ между собою. Правило закона постолько безусловно, что по 1644 ст. старшій нотаріусъ обязанъ такихъ закладныхъ не утверждать.

шись, потребуютъ закладной въ обезпеченіе суммы своихъ долговъ; но, на основаніи общаго духа закона, выразившагося въ цитированныхъ правилахъ, можно сказать, что онъ едва ли призналъ бы такую закладную дозволенной. Въ сущности здѣсь заключается (или должно было бы заключаться) не одна закладная, а нѣсколько закладныхъ равнаго ранга¹⁾.

Однако, кажется, что въ одномъ случаѣ закладную, совершенную нѣсколькимъ лицамъ, слѣдуетъ, все таки, считать дѣйствительной. Мы говоримъ о случаѣ солидарности залогодержателей. Въ этомъ случаѣ залогодержатели юридически являются какъ бы однимъ лицомъ съ единой волей, а ихъ претензіи сливаются въ одинъ общій долгъ. Физическая множественность солидарныхъ залогодержателей не болѣе противорѣчить духу закона, нежели физическая множественность управомоченныхъ по залогу лицъ, когда залогодержателемъ состоитъ юридическое лицо. Но солидарность залогодержателей должна была бы быть специально оговоренной въ закладной. Согласно справедливому мнѣнію Правит. Сената, нашъ законъ, вообще, по отношеніямъ гдѣ участвуютъ нѣсколько лицъ, презумируетъ не солидарное, а доленое ихъ участіе, какъ на сторонѣ должниковъ, такъ и на сторонѣ кредиторовъ²⁾. Въ частности, придерживаясь правила о толкованіи договора въ пользу обязанной стороны, мы должны были бы во всѣхъ случаяхъ неясности отвергать солидарность залогодержателей, ибо эта солидарность предоставляетъ каждому изъ нихъ власть надъ всей претензіей, обезпеченной залогомъ, т. е. значительно расширяетъ правомочія каждаго изъ нихъ. Опредѣленные указанія на такое значеніе солидарности кредиторовъ можно найти въ нормахъ процессуальнаго права, напр.,

¹⁾ Вопросъ о допустимости равнаго ранга по дѣйствующему праву см. ниже, въ слѣд. главѣ.

²⁾ См. рѣш. 1871 г. № 1218, 1876 г. № 537, 1884 г. № 78, 1886 г. № 24, 1890 г. № 67 и др.

въ ст. 114, 483 и др. Уст. Гражд. Суд. При солидарной связи каждый изъ кредиторовъ располагаетъ по отношенію къ должнику тѣмъ объемомъ власти, который предоставляетъ претензія въ цѣломъ, и лишь отвѣтствуетъ передъ своими товарищами за пользованіе этой властью¹⁾. Въ разбираемой закладной стороны, повидимому, сами колебались, признать ли правомочія залогодержателей солидарными или долевыми. Съ одной стороны, о неустойкѣ въ двѣсти тысячъ рублей, установленной въ одномъ изъ пунктовъ закладной на случай неисправности должника, сказано въ общей формѣ, что она должна быть ушлочена залогодержателямъ, безъ распредѣленія ея между ними; это даетъ основаніе думать, что стороны предполагали солидарность. Съ другой стороны, сама капитальная сумма долга строго раздѣлена между залогодержателями, и притомъ не въ особомъ договорѣ, а въ закладной. Если бы залогодержатели были солидарны, то расчеты между ними не должны были бы входить въ содержаніе закладной. Должникъ обязанъ считаться только съ однимъ общимъ долгомъ въ миллионъ рублей 6 лицамъ; распредѣленіе этого долга между залогодержателями, представляя ихъ частное дѣло, должно быть произведено въ особомъ договорѣ и не имѣетъ никакой обязательности для должника. Этотъ неопредѣленный характеръ закладной можетъ получить большое значеніе при взысканіи, въ различныхъ сложныхъ положеніяхъ процессуальнаго права. Позволительно думать, что на практикѣ слѣдуетъ требовать отъ подобныхъ закладныхъ большей опредѣленности и считать ихъ допустимыми тогда, когда залогодержатели солидарны²⁾.

¹⁾ Ср. рѣш. 1868 г. № 852, 1870 г. № 166 и др.

²⁾ Кромѣ этихъ упущеній, разбираемая закладная заключаетъ еще одно, также довольно важное. Въ составѣ залогаваемого имущества перечислено между прочимъ пріобрѣтенное отъ г. Черкассъ право пересѣчь своей желѣзнодорожной вѣткой участки Александровскаго Товарищества. Думается, что это право, какъ уступленное городомъ не владѣльцу опредѣленно-

Формальный порядокъ установленія залогового права различается какъ по объектамъ залога, такъ и по лицу залогодержателя. Залогъ недвижимыхъ имуществъ въ частныя руки совершается посредствомъ закладной крѣпости: залогъ ихъ же по договорамъ съ казною и въ кредитныхъ установленіяхъ, какъ правительственныхъ, такъ и частныхъ, совершается другимъ порядкомъ, при помощи залоговыхъ свидѣтельствъ. Третій порядокъ установленъ для движимыхъ тѣлесныхъ вещей и для безъимянныхъ бумагъ и, наконецъ, четвертый для именныхъ требованій и бумагъ.

Закладная крѣпость, какъ показываетъ самое ея названіе, совершается крѣпостнымъ порядкомъ (ст. 1642 Зак. Гражд.). Совершаютъ ее стороны у нотаріуса (ст. 66 Нот. Пол.) въ присутствіи двухъ свидѣтелей, удостоверяющихъ какъ самоличность сторонъ, такъ и дѣйствительное совершеніе акта (ст. 84 Нот. Пол.). Если залогъ устанавливается одновременно на нѣсколькихъ имѣніяхъ, то совершается либо общая закладная съ обозначеніемъ, какъ распредѣляется сумма залога между отдѣльными имѣніями, либо нѣсколько отдѣльныхъ закладныхъ для каждаго имѣнія порознь (ст. 1644 Зак. Гражд.). Затѣмъ въ теченіе года выпись изъ нотаріальной книги представляется (старшему Нотаріусу или лично сторонами, или, по ихъ порученію, однимъ изъ мѣстныхъ младшихъ нотаріусовъ (ст. 161 Нот. Пол.), но не присылается по почтѣ (ст. 162). Удостоверившись въ томъ, что выпись подлинна (ст. 165—6), что Законы Гражданскіе не воспрепятствуютъ совершаемой сдѣлки (ст. 167 п. 1), что имущество, служащее ея предметомъ, принадлежитъ управомочивающей сторонѣ (ст. 167 п. 2

го участка, а именно Тов. Черкаскаго сах.-раф. завода, вообще, залогу со стороны Товарищества не подлежитъ (ср. выше, стр. 283—4); но если даже признать такой залогъ возможнымъ, то это право, не составляя принадлежности недвижимаго имущества, должно было, во всякомъ случаѣ, закладываться посредствомъ отдѣльнаго акта.

и 168), что на немъ не лежитъ запрещеній, препятствующихъ сдѣлкѣ (ст. 168 Нот. Пол. и 1646 Зак. Гражд.), Старшій Нотаріусъ утверждаетъ выписъ (ст. 169 Нот. Пол.), вноситъ отмѣтку о залогѣ въ реестръ крѣпостдѣль (ст. 178), налагаетъ на заложенное имущество запрещеніе (ст. 1647 Зак. Гражд.) и „дѣлаетъ подлежащее распоряженіе объ извѣщеніи о томъ установленномъ порядкомъ“, именно, путемъ напечатанія въ Сенатскихъ Объявленіяхъ (ст. 1647 Зак. Гражд. и 179 Нот. Пол.). Согласно рѣшеніямъ Гражданскаго Кассационнаго Деп. 1893 г. № 36 и 1907 г. № 90, моментомъ возникновенія права залогодержателя служить утвержденіе закладной Старшимъ Нотаріусомъ.

Особое залоговое свидѣтельство требуется для залога имущества по договорамъ съ казною и въ кредитныхъ установленіяхъ (ст. 62 Пол. о Каз. Подр., ст. 55 п. 1 Уст. Двор. Зем. Банка, ст. 91 Уст. Гос. Банка, ст. 140 п. 2 Пол. о Гор. Общ. Банкахъ, ст. 97 Уст. Крест. Позем. Банка, а также уставы частныхъ зем. банковъ, городскихъ кредитныхъ обществъ и обществъ взаимнаго кредита). Этимъ свидѣтельствомъ Старшій Нотаріусъ удостовѣряетъ принадлежность имущества данному лицу и свободу его отъ взысканій и запрещеній (ср. всѣ приведенныя узаконенія; по 2-му п. 140 ст. Пол. о Гор. Общ. Банкахъ также „благонадежность залога“¹⁾; въ немъ „должны быть означены всѣ иски,

¹⁾ Что законодатель хотѣлъ сказать этимъ терминомъ— не совсѣмъ понятно. Я обращался къ одному весьма компетентному старшему нотаріусу съ вопросомъ, какъ понимаетъ эту статью практика нотаріальныхъ учреждений, и получилъ отвѣтъ, что нотаріальныя учрежденія при выдачѣ залоговыхъ свидѣтельствъ руководствуются не этой нормой, а исключительно правилами Пол. о Нот. Части. Быть можетъ, законодатель имѣлъ въ виду установить при помощи этого закона какой-либо способъ объективной повѣрки произведенныхъ для городского общ. банка оцѣнокъ. Если мы просмотримъ слѣдующую 141 ст., то мы увидимъ, какими условіями исключительной осторожности обставлена оцѣнка закладываемыхъ въ гор. бан-

недоимки и запрещенія, на имѣннїи лежащїе, равно какъ качество, такъ и количество земли“ (ст. 65 Пол. о Каз. Подр. и 192² Нот. Пол.; для полученія всѣхъ этихъ свѣдѣнїй Старшїй Нотарїусъ по той-же статьѣ входитъ въ сношенїя или съ Губернскимъ Правленїемъ, или непосредственно съ тѣми мѣстами, гдѣ эти свѣдѣнїя находятся). При этомъ Старшїй Нотарїусъ не долженъ выдавать свидѣтельствъ на части домовъ и другихъ строенїй (ст. 63 Пол. о Каз. Подр.), а также на имущества не размежеванныя и находящїяся въ череполосномъ владѣнїи (*ibidem*, ст. 67). Немедленно по выдачѣ свидѣтельства Старшїй Нотарїусъ налагаетъ и публикуетъ въ установленномъ порядкѣ запрещенїе о выдачѣ залогового свидѣтельства (ст. 3 прил. къ ст. 192¹ прим. и ст. 192 Нот. Пол.); по разъясненїю Правительствующаго Сената ¹⁾, съ наложенїя этого запрещенїя считается старшинство залогового права, и, слѣдовательно, оно имѣетъ значенїе западно-европейской отмѣтки о предстоящемъ залогѣ. Самый залогъ совершается путемъ простаго волеизъявленїя залогодателя или лица, дѣйствующаго по его спеціаль-ной довѣренности ²⁾. По совершенїи залога сообщается о томъ Старшему Нотарїусу, и онъ налагаетъ второе запрещенїе, уже съ обозначенїемъ опредѣленной суммы залога (ст. 3 прил. къ ст. 192¹ прим. и ст. 192). Если въ залоговомъ свидѣтельствѣ означено, въ какое казенное

какъ имущество, особенно земель въ уѣздахъ. Нѣтъ ничего невѣроятнаго въ предположенїи, что, помимо особой осторожности самой оцѣнки, законодатель хотѣлъ обезпечить еще сличенїе ея съ какими-нибудь другими данными объективнаго характера. Если принять это толкованїе, то требованїе закона, думается, могло-бы быть исполнено путемъ означенїя въ залоговыхъ свидѣтельствахъ, представляемыхъ въ гор. общ. банки, цѣны послѣдняго возмезднаго перехода закладываемаго имущества.

¹⁾ Рѣш. 1893 г. № 53.

²⁾ Пол. о Каз. Подр., ст. 128; Уст. Госуд. Банка, ст. 91; Уст. Двор. Зем. Б., ст. 68; Уст. Крест. Позем. Б., ст. 56; Пол. о Город. Общ. Б., ст. 147; Уст. Кїев. Зем. Б., § 17 и др.

управленіе или кредитное установленіе оно имѣть быть представлено, то для представленія въ другое мѣсто такое свидѣтельство недѣйствительно (ст. 2 того же прил.). Въ тѣхъ случаяхъ, когда по закону имѣніе можетъ быть представлено въ залогъ дважды (ст. 64 Пол. о Каз. Подр.), для второго залога должно быть выдано дополнительное залоговое свидѣтельство (п. 1 ст. 64 Пол. о Каз. Подр. и ст. 4 Прил. къ ст. 192¹ [прим.] Нот. Пол.).

Повидимому, смѣшанный порядокъ установленія залогового права долженъ примѣняться въ тѣхъ случаяхъ, когда залогодержателемъ является дворянское общество. Ст. 1639 Зак. Гражд., нормирующая приемъ дворянскими обществами недвижимыхъ имуществъ въ залогъ, говоритъ одновременно о залоговомъ свидѣтельствѣ, которое должно быть выдаваемо „по правиламъ Пол. о Каз. Подр. и Пост.“, и о закладной крѣпости, которая „должна быть писана на имя всего Дворянскаго Общества“. Едва-ли не будетъ правильно толковать этотъ законъ въ томъ смыслѣ, что, послѣ выдачи залогового свидѣтельства, самый залогъ долженъ совершаться не просто посредствомъ волеизъявленія залогодателя, какъ при залогѣ по договорамъ съ казной и при залогѣ въ кредитныхъ установленіяхъ, а посредствомъ формальной закладной крѣпости. Правило это, какъ исключительное, отличное отъ обоихъ основныхъ порядковъ совершенія залога недвижимостей, не должно подлежать распространительному толкованію. Въ тѣхъ случаяхъ, когда залогодержателемъ выступаетъ не дворянское общество, а какой-либо другой общественный союзъ (напр., городъ или земство), было-бы, кажется, правильнѣе придерживаться общаго порядка залога посредствомъ залогового свидѣтельства; наоборотъ, тамъ, гдѣ залогодержателемъ состоитъ юридическое лицо частно-правового характера (напр., частная компанія), долженъ примѣняться другой общій порядокъ залога—черезъ совершеніе заклад-

ной крѣпости, безъ предварительнаго испрашиванія залогового свидѣтельства.

О закладѣ движимости нашъ законъ постановляетъ, что онъ совершается или нотаріальнымъ порядкомъ, или домашнимъ (ст. 1667 Зак. Гражд.). Актъ, совершенный нотаріальнымъ порядкомъ, называется закладною на движимое имущество (ст. 1668), сопровождается подробной описью закладываемыхъ вещей (ст. 1670), и передачей заложенныхъ вещей кредитору за печатями залогодателя и свидѣтелей (ст. 1671). Актъ, совершенный на дому, называется домовымъ заемнымъ письмомъ съ закладомъ движимаго имущества (ст. 1672), составляется по общимъ правиламъ о домовыхъ заемныхъ письмахъ (ст. 1673), передачей имущества, повидимому, не сопровождается, а сопровождается только описью (*ibidem*), и не даетъ права на преимущественное взысканіе по отношенію къ третьимъ лицамъ при конкурсѣ (ст. 1674). Отсюда, кажется, слѣдовало бы заключить, что по нашему праву, какъ и по всѣмъ западно-европейскимъ законодательствамъ, закладъ движимости, для того, чтобы доставить кредитору дѣйствительное залоговое право, требуетъ не только формальной сдѣлки, но и передачи залогодержателю самой вещи. Правительствующій Сенатъ, настаивая въ цѣломъ рядѣ рѣшеній (1875 г. № 321, 1876 г. № 18, 1876 г. № 462, 1877 г. № 160, 1878 г. № 117) на точномъ соблюденіи перваго условія¹⁾, вмѣстѣ съ тѣмъ, призналъ необязательнымъ второе (рѣш. 1875 г. № 658, 1875 г. № 321, 1872 г. № 975, 1878 г. № 117, рѣш. 1907 г. окт. 10 по д. Воронежскаго коммерческаго банка). Между тѣмъ, соблюденіе этого втораго условія диктуется прежде

¹⁾ Это требованіе Сенатъ проводитъ настолько строго, что во многихъ рѣшеніяхъ признаетъ недѣйствительными сдѣлки заклада, совершенныя съ нарушеніемъ установленныхъ формъ. См., напр., рѣш. 1867 г. № 212, 1868 г. № 378, 1869 г. №№ 841, 1064, 1338, 1870 г. № 1169, 1871 г. № 1255, 1872 г. № 974, 1873 г. № 832, 1875 г. № 658, 1876 г. № 477 и др.

всего интересами третьихъ лицъ, которыя, при отсутствіи системы публичной регистраціи въ отношеніи движимыхъ имуществъ, иначе не могутъ узнать о томъ, состоитъ ли данное имущество въ залогѣ, и могутъ пострадать, принявъ добросовѣстно въ залогъ уже заложенное имущество. Въ цѣляхъ охраны ихъ интересовъ было бы рационально признать, въ полномъ соответствіи съ текстомъ дѣйствующаго закона, передачу закладываемой движимости безусловно обязательной. Правительствующій Сенатъ въ приведенномъ рѣшеніи по дѣлу Воронежскаго коммерческаго банка призналъ, что права перваго залогодержателя остаются неприкосновенными даже въ случаѣ, если имущество, не переданное ему при закладѣ, было впоследствии заложено добросовѣстному третьему лицу, лишь бы только первый залогодержатель исполнилъ формальности закладного акта¹⁾. Но само собою понятно, что такая усиленная, напряженная охрана правъ перваго залогодержателя (въ данномъ случаѣ Государственнаго Банка) можетъ быть достигнута только путемъ нарушенія законныхъ правъ и интересовъ добросовѣстнаго третьяго лица. Было бы, кажется, рациональнѣе придерживаться точнаго правила закона, выраженнаго въ 1671 ст. т. X ч. I.

Въ противоположность недвижимымъ имуществамъ, для которыхъ правила о порядкѣ совершенія залога измѣняются только въ зависимости отъ лица залогопринимателя, а не отъ свойства самаго имущества, правила о закладѣ имуществъ движимыхъ для различныхъ объектовъ неодинаковы. Во многихъ случаяхъ свой-

¹⁾ Между прочимъ, интересно замѣтить, что въ прежнихъ своихъ рѣшеніяхъ Сенатъ становился въ аналогичныхъ случаяхъ на защиту интересовъ третьяго лица. Такъ, въ рѣш. 1875-г. № 321, 1876 г. № 462, 1878 г. № 117 Сенатъ призналъ, что залогодержатель, оставившій вещь у должника и не принявшій мѣръ для огражденія своихъ правъ, не пользуется преимущественнымъ удовлетвореніемъ изъ заложенной движимости.

ство того или иного движимаго объекта устраняетъ не только юридическую обязательность, но и логическій смыслъ, а иногда даже физическую возможность исполненія общихъ правилъ о порядкѣ заклада. Одинъ такой случай мы уже видѣли выше: это закладъ строеній на чужой землѣ. Строенія лишь формально могутъ быть причислены къ движимымъ имуществамъ тогда, когда земля подъ ними принадлежитъ другому собственнику; на самомъ же дѣлѣ ни одно ихъ свойство не мѣняется отъ этой юридической конструкціи. Сдѣлка о закладѣ строеній остается столь же громоздкой, столь же мало приспособленной къ быстротѣ рыночнаго оборота; индивидуальность строеній остается столь же легко распознаваемой. Поэтому, нельзя не согласиться со взглядомъ Сената, который въ рѣш. 1875 г. № 321 и 1901 г. № 6 призналъ, что при закладѣ строеній на чужой землѣ въ качествѣ отдѣльнаго движимаго имущества не слѣдуетъ требовать ни наложенія печатей, ни передачи закладопринимателю.

Также въ особомъ положеніи при закладѣ находятся рѣчныя и морскія суда. Тогда какъ строенія, будучи по существу имуществами недвижимыми, при извѣстныхъ условіяхъ причисляются юридически къ движимымъ, суда, наоборотъ, являются по существу движимыми имуществами, но обладаютъ нѣкоторыми юридическими свойствами недвижимыхъ. Нашъ дѣйствующій законъ говоритъ о залоговой сдѣлкѣ, имѣющей объектомъ суда, въ трехъ мѣстахъ: въ ст. 79 Пол. о Каз. Подр., въ ст. 429—433 Уст. Торг. (бодмерея) и въ прил. къ ст. 149 Уст. Торг. (прим) ¹⁾. Во всѣхъ трехъ случаяхъ онъ называетъ эту сдѣлку „закладомъ“, рассматривая т. обр. суда въ отношеніи ихъ залога, какъ имущества движимыя ²⁾. Отсюда вытекаетъ, что во всѣхъ

¹⁾ По Продолж. 1906 г.

²⁾ Такой взглядъ законодателя можно доказать и системой Зак. Гр., гдѣ ссылка на правила о закладѣ морскихъ судовъ помѣщена въ примѣчаніяхъ къ 1863 ст., а равно системой Пол. о Каз. Подр., гдѣ 79 ст. находится въ параграфѣ „о закладѣ имуществъ движимыхъ“.

случаяхъ, гдѣ для заклада судовъ не имѣется особыхъ правилъ, они должны подчиняться общимъ нормамъ о порядкѣ заклада движимыхъ имуществъ, съ тѣми только измѣненіями, которыя логически вытекаютъ изъ природы объекта.

Изъ такихъ измѣненій первое и наиболѣе важное—устраненіе передачи закладываемаго предмета залогопринимателю. По отношенію къ судамъ такая передача часто была бы совершенно невозможна—именно, когда закладывается судно во время рейса—, и даже въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ нѣтъ неустранимыхъ препятствій къ ея совершенію, оказалась бы непомерно обременительной для должника. Съ другой стороны, свойства объекта, представляющаго цѣльную крупную имущественную единицу, позволяютъ прибѣгать къ другимъ мѣрамъ для обезпеченія интересовъ сторонъ и третьихъ лицъ. И дѣйствительно, все только что приведенныя узаконенія оставляютъ закладываемое судно во владѣніи залогодателя, причемъ ст. 12 цитированнаго прил. къ ст. 149 Уст. Торг. (прим.) оговариваетъ это прямо. Повидимому, оставленіе судна во владѣніи и пользованіи залогодателя правильно будетъ признать общимъ принципомъ, примѣнимымъ ко всемъ случаямъ заклада какъ морскихъ, такъ и рѣчныхъ судовъ.

Само собою понятно, что оставленіе судна у залогодателя требуетъ для кредитора какихъ-либо иныхъ гарантій. Въ видѣ такой гарантіи приведенные частные законы устанавливаютъ передачу кредитору актовъ на судно. Гарантія эта, будучи вполнѣ удовлетворительной для морскихъ судовъ благодаря ихъ корабельнымъ крѣпостямъ и обязательному внесенію въ корабельные списки (Уст. Торг., ст. 124), является совершенно неудовлетворительной для судовъ рѣчныхъ. Какъ справедливо указалъ Сенатъ въ рѣш. 1889 г. № 1, сплавные билеты, обыкновенно употреблявшіеся въ практикѣ въ качествѣ доказательства правъ на рѣчное судно, юридически не могутъ имѣть такого значенія, а слу-

жать только разрѣшеніемъ на спускъ судна, построеннаго изъ казеннаго лѣса. Особенно же въ настоящее время, послѣ отмѣны сплавныхъ билетовъ въ 1898 г. ¹⁾, положеніе рѣчныхъ судовъ при закладѣ настоятельно требуетъ законодательнаго урегулированія. Лучшимъ признакомъ неудовлетворительности дѣйствующихъ нормъ служатъ фиктивные сдѣлки о продажѣ рѣчныхъ судовъ, которыми практика, по свидѣтельству составителей Гражданскаго Уложенія, пользуется для ихъ заклада ²⁾. До законодательнаго разрѣшенія этого вопроса было бы, кажется, правильно признать на основаніи ст. 79 Пол. о Каз. Подр., что при закладѣ рѣчныхъ судовъ передачѣ кредитору съ соотвѣтственной надписью о закладѣ подлежитъ въ каждомъ конкретномъ случаѣ тотъ документъ, которымъ должникъ доказываетъ свое право собственности на судно, безъ различія формы этого документа. Такъ и рѣшилъ Правительствующій Сенатъ въ цитированномъ рѣш. Гражд. Касс. Деп. 1889 г. № 1. По проекту Гражд. Улож. предполагается ввести и для рѣчныхъ судовъ судовые списки и установить закладъ путемъ надписи на свидѣтельствѣ о припискѣ ³⁾.

Самое совершеніе заклада судовъ въ нашемъ правѣ почти не нормируется. Ст. 13 прил. къ ст. 149 Уст. Торг. (прим.) постановляетъ, что для такого заклада нужно совершеніе особаго акта въ Министерствѣ Торговли и Промышленности (которое въ данномъ случаѣ является кредиторомъ) или въ одномъ изъ его мѣстныхъ установленій, и надпись о закладѣ на корабельной крѣпости; по ст. 14 того-же прил. во все время дѣйствія заклада корабельная крѣпость должна находиться въ Министерствѣ или въ мѣстномъ его установленіи. При бодмереѣ, наоборотъ, мы находимъ только упоминаніе о „письмахъ бодмерейныхъ“ въ 432 ст.

1) Собр. Узак. за 1898 г., № 20, ст. 287.

2) См. общія объясненія передъ ст. 3889 кн. III проекта.

3) Гражд. Улож., кн. III, ст. 401.

Уст. Торг., безъ всякихъ опредѣленій о томъ, гдѣ должна храниться корабельная крѣпость. Исходя изъ общихъ правилъ о закладѣ движимыхъ имуществъ, мы придемъ къ заключенію, что для заклада судна необходимо особый актъ, который можетъ быть совершаемъ какъ нотаріальнымъ, такъ и домашнимъ порядкомъ (ст. 1668 Зак. Гражд.); конечно, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ стороны пожелаютъ внести отмѣтку о залогѣ судна въ корабельный списокъ на основаніи ст. 136 Уст. Торг., онѣ должны озаботиться о публичной достовѣрности залогового акта и съ этою цѣлью совершить его либо нотаріальнымъ, либо другимъ столь же достовѣрнымъ порядкомъ.

Особый порядокъ заклада установленъ въ законѣ также для товаровъ, находящихся въ пути или на товарныхъ складахъ. О закладѣ этихъ товаровъ говорятъ ст. 786 и 789—812 Уст. Торг., ст. 108—125 Уст. Госуд. Банка, ст. 100—125 Пол. о гор. общ. банкахъ и др. узаконенія. По ст. 785, 787—8 и 807 Уст. Торг. товарные склады выдаютъ товаровладѣльцамъ либо двойныя свидѣтельства, складочныя и закладныя, изъ которыхъ складочное служить для удостовѣренія права собственности на товаръ, а закладное специально для надобностей заклада, либо простыя складочныя свидѣтельства, совмѣщающія обѣ функціи. Согласно ст. 789 и 805, всѣ эти свидѣтельства переходятъ изъ рукъ въ руки по передаточнымъ надписямъ, именнымъ и бланковымъ, примѣнительно къ правиламъ, установленнымъ для векселей. Соотвѣтственнымъ образомъ нормированъ и закладъ этихъ свидѣтельствъ, который, по 791 и 810 ст., даетъ закладное право на самый товаръ: закладъ ихъ совершается путемъ особой надписи о закладѣ, въ которой должны быть означаемы „1) званіе, имя и фамилія или фирма лица, выдающаго ссуду, и 2) капиталная сумма ссуды и срокъ, на который она выдана“ (ст. 790 и 808). О томъ, требуется ли при этомъ еще отдѣльный актъ о закладѣ, законъ умалчи-

васть; но по смыслу его, кажется, слѣдуетъ рѣшить вопросъ въ томъ смыслѣ, что такого акта не нужно, ибо цитированныя 791 и 810 ст. предоставляютъ залладодержателю свидѣтельства залладное право на товаръ совершенно независимо отъ какихъ либо постороннихъ условій. Впрочемъ, особый актъ долженъ быть совершаемъ въ тѣхъ случаяхъ, когда его требуютъ законы сепаратные. Такъ, на примѣръ, онъ необходимъ при залладѣ товара по складочному или залладному свидѣтельству въ центральныхъ и мѣстныхъ учрежденіяхъ Государственного Банка (Уст. Гос. Банка, ст. 114).

Что касается, наконецъ, заллада акцій, процентныхъ бумагахъ и долговыхъ требованій, то онъ, какъ и залладъ движимости, требуетъ для своего совершенія, кромѣ письменной сдѣлки о залладѣ, передачи залложеннаго права въ quasi-владѣніе залладодержателя ¹⁾, „символической передачи“, какъ называетъ ее нѣмецкое право. Если требованіе, какъ при нѣкоторыхъ процентныхъ бумагахъ, принадлежитъ предъявителю, то „символическая передача“ происходитъ путемъ простой традиціи документа; если передача права совершается посредствомъ индоссамента, онъ требуется и для заллада; если она происходитъ путемъ переводной надписи и соотвѣтственнаго объявленія въ какое либо учрежденіе (на примѣръ, правленіе акціонерной компаніи, Государственную Комиссію Погашенія Долговъ), то таковы же и условія заллада. Изъятіемъ изъ этихъ общихъ положеній являются статьи 131 и 137 Уст. Гос. Банка, согласно которымъ залладъ производится во всѣхъ случаяхъ простой традиціей при соотвѣтственномъ письменномъ актѣ.

¹⁾ См. ст. 1674¹ Зак. Гражд., ст. 95 разд. 1 Уст. Кред., ст. 131 и 137 Уст. Госуд. Банка, ст. 92 Пол. о гор. общ. банкахъ и др. узаконенія.

ГЛАВА ШЕСТАЯ.

Дѣйствіе залогового права.

(по дѣйствующему русскому праву).

Существованіе правъ разныхъ лицъ на одинъ объектъ въ теченіе дѣйствія залога. Права залогодателя на владѣніе и пользованіе заложенымъ имуществомъ. Пользованіе, связанное съ амортизаціей. Пользованіе правами по заложенному имуществу. Права залогодателя на распоряженіе заложенымъ имуществомъ. Право послѣдующаго залога. Право отчужденія. Распоряженіе частями заложеннаго имущества. Права залогодателя по отношенію къ третьимъ лицамъ. Права залогодержателя. Владѣніе и пользованіе. Вопросъ о правахъ и обязанностяхъ временнаго владѣльца. Права залогодержателя на распоряженіе заложенымъ имуществомъ. Передача залогового права. Вмѣшательство въ дѣйствія собственника-обезцѣнивающія заложное имущество. Отношеніе залогодержателя къ третьимъ лицамъ. Взаимныя отношенія нѣсколькихъ залогодержателей. Принципъ старшинства по времени. Сдѣлки о старшинствѣ. Взаимныя отношенія залогодержателей при взысканіи. Переимѣненіе ранга при погашеніи одной изъ закладныхъ. Права третьихъ лицъ на заложное имущество.

Въ теченіе всего времени дѣйствія залога заложное имущество служитъ объектомъ параллельныхъ правъ двухъ лицъ: залогодателя и залогодержателя. Конечно, этимъ не исключается возможность самостоятельныхъ правъ третьихъ лицъ. Такъ, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ залогодатель не является собственни-

комъ заложенного имущества (напримѣръ, при чиншевомъ или посессионномъ владѣнїи), права собственника, конечно, остаются неприкосновенными. Столь же неприкосновенны права другихъ лицъ, обладающихъ на заложенное имущество такъ называемыми „вещными“ правами, возникшими притомъ до залога (напримѣръ, право пожизненнаго владѣнїя, участїя въ пользованїи и выгодахъ, и т. д.). Что касается возникновенїя этихъ правъ послѣ залога, то нашъ законъ, обезпечивая залогъ запрещенїемъ на имѣнїи, этимъ прекращаетъ возможность для собственника установить послѣ совершенїя залога какїя-либо вещныя права, препятствующія осуществленїю правъ и интересовъ залогодержателя.

Тѣмъ не менѣе, заложенный объектъ можетъ служить поводомъ для цѣлаго ряда столкновенїй между сторонами и третьими лицами. Съ одной стороны, третьи лица могутъ нарушить владѣнїе заложеннымъ имуществомъ, повредить его, не платить долга по заложенному требованїю, и т. д.; въ этихъ случаяхъ для сторонъ возникаютъ извѣстныя права противъ третьихъ лицъ. Съ другой стороны, третьи лица могутъ оказаться добросовѣстными прїобрѣтателями заложеннаго имущества или его частей, арендаторами, могутъ въ качествѣ кредиторовъ одной изъ сторонъ быть заинтересованы въ заложенномъ имуществѣ или въ самомъ залоговомъ правѣ; въ этихъ случаяхъ для третьихъ лицъ возникаютъ права противъ сторонъ.

Чтобы объять болѣе или менѣе полно юридическія отношенїя, возникающїя при дѣйстви залогового права, было бы удобно расположить ихъ по слѣдующей схемѣ:

- 1) права залогодателя;
- 2) права залогодержателя, или залогодержателей, если ихъ нѣсколько;
- 3) права третьихъ лицъ.

Въ этомъ порядкѣ мы и будемъ разсматривать юридическія послѣдствїя залога.

Общій принципъ современнаго залоговаго права сводится къ тому, чтобы какъ можно меньше ограничивать *залогодателя* въ тѣхъ сторонахъ его правъ, которыя при правильномъ пользованіи ими не нарушаютъ цѣлей залога. Такъ какъ залогъ есть право только на мѣновую цѣнность, то отсюда вытекаетъ, что право залогодателя на потребительную и производительную цѣнность, другими словами, права владѣнія и пользованія, должны въ принципѣ сохраняться за нимъ и ограничиваются лишь постольку, поскольку то или иное ихъ осуществленіе можетъ понизить мѣновую цѣнность.

Исходя изъ этихъ основаній, право во всѣхъ случаяхъ, гдѣ это не нарушаетъ безопасности залогодержателя, сохраняетъ въ рукахъ владѣльца заложенаго объекта владѣніе онимъ во все время дѣйствія залоговаго права. Въ частности относительно недвижимостей, гдѣ интересы залогодержателя и третьихъ лицъ охраняются публичной организаціей вотчиннаго оборота (у насъ системой крѣпостныхъ реестровъ и запрещеній), владѣніе, по общему правилу, остается въ рукахъ залогодателя. Въ нашемъ дѣйствующемъ законѣ это правило не выражено положительно. Но мы видѣли выше, что оно вырабатывалось всѣмъ ходомъ исторіи нашего права ¹⁾. Уже въ указѣ 1737 года оставленіе имущества во владѣніи залогодателя презумируется; послѣдній извѣстный намъ актъ, гдѣ владѣніе еще было передано залогодержателю,—это цыдвинская закладная 1783 г. ²⁾. Въ дѣйствующемъ законодательствѣ можно найти лишь косвенное указаніе на принципъ, что владѣніе заложенымъ недвижимымъ имуществомъ принадлежитъ до срока залогодателю. Именно, статья 1129 Уст. Гражд. Суд. гласитъ: „имѣніе, описанное вслѣдствіе взысканія, предъявленнаго по закладной, по-

¹⁾ См. выше, стр. 161—4

²⁾ Цыдвинскіе акты 20.

ступаетъ до публичной продажи, въ случаѣ требованія залогодержателя; въ его управленіе“; отсюда, кажется, слѣдуетъ сдѣлать выводъ, что до описи имѣніе, во всякомъ случаѣ, остается во владѣніи залогодателя ¹⁾. Наоборотъ, при закладѣ движимости, не подчиненной системѣ публичной записки, передача объекта сдѣлки залогодержателю за нѣкоторыми исключеніями необходима во избѣжаніе коллизіи его правъ съ правами добросовѣстныхъ третьихъ лицъ. Западно-европейскія законодательства единогласно требуютъ передачи закладываемой движимости залогодержателю; у насъ это требованіе выражено въ 1671 ст. Зак. Гражд. Хотя Правит. Сенатъ полагаетъ, что передача не обязательна, а составляетъ право залогодержателя, но, какъ мы видѣли выше, такая точка зрѣнія вызываетъ на практикѣ значительныя трудности, разрѣшаемыя лишь путемъ нарушенія правъ третьихъ лицъ ²⁾. Однако, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ это допускается свойствомъ объектовъ и отношеніями сторонъ, законъ и въ отношеніи движимыхъ имуществъ дозволяетъ оставленіе заложенного предмета во владѣніи залогодателя (напр., при закладѣ судовъ, строеній на чужой землѣ) или того лица, которому залогодатель ввѣрилъ его на храненіе (напр. при закладѣ товаровъ по свидѣтельствамъ товарныхъ складовъ ³⁾).

При закладѣ акцій, процентныхъ бумагъ и долговыхъ требованій законъ также требуетъ передачи документовъ во владѣніе залогодержателя ⁴⁾. Въ отношеніи безыменныхъ документовъ, а также именныхъ отъ частныхъ лицъ, это требованіе имѣетъ полное основаніе, такъ какъ здѣсь это единственный рациональный способъ обезпеченія интересовъ залогодержателя и

¹⁾ Аналогичное правило содержится въ ст. 615 Зак. о Суд. Гражд.

²⁾ См. выше, стр. 305.

³⁾ См. выше, стр. 307 и 309

⁴⁾ См. выше, стр. 310.

третьихъ лицъ. Что же касается заклада именныхъ акцій и процентныхъ бумагъ, гдѣ законъ требуетъ регистраціи всѣхъ сдѣлокъ въ книгахъ соответственныхъ учреждений, обязательная передача документовъ представляетъ, съ перваго взгляда, излишнее стѣсненіе, не оправдываемое цѣлями залога. Однако, на дѣлѣ она и здѣсь имѣетъ практическое основаніе. Въ то время, какъ кредитъ подѣ обеспеченіе недвижимостью, отличаясь вообще громоздкостью, легко допускаетъ довольно сложную процедуру справокъ о принадлежности закладываемаго имущества и о тяготеющихъ на немъ правахъ разныхъ лицъ, кредитъ подѣ закладъ бумагъ требуетъ прежде всего подвижности. Съ этой цѣлью очень важно дать кредитору возможность легко распознать безъ предварительныхъ справокъ, не заложены ли данныя бумаги до него другому лицу. Здѣсь, такимъ образомъ, передача документовъ имѣетъ цѣлью безопасность не противъ послѣдующихъ, а скорѣе противъ предшествующихъ распоряженій залогодателя.

Болѣе общимъ является право залогодателя на сохраненіе въ своихъ рукахъ пользованія заложеннымъ имуществомъ. Не говоря уже о недвижимости, право пользованія остается даже у залогодателя движимаго имущества во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ оно можетъ быть отдѣлено отъ владѣнія. Нашъ законъ говоритъ объ одномъ такомъ случаѣ, именно, о процентахъ нѣкоторыхъ закладываемыхъ требованій (билетовъ Государственной Комиссіи погашенія долговъ, прим. къ ст. 100 разд. 1-го Уст. Кред.), и постановляетъ, что эти проценты принадлежатъ залогодателю. Отсюда по аналогіи, слѣдуетъ распространить то-же правило на плоды движимыхъ тѣлесныхъ вещей, находящихся въ закладѣ, на примѣръ, на приплодъ заложеннаго скота. Само собою разумѣется, что право залогодателя на пользованіе заложенной движимостью не уменьшается и тогда, когда, по обстоятельствамъ данной сдѣлки, въ его рукахъ остается владѣніе. Въ отношеніи

нѣ одному такому случаю пользованіе залогодателя оговорено въ нашемъ законѣ *explicite*—именно, въ отношеніи залога морскихъ судовъ казнѣ въ обезпеченіе ссуды на ихъ приобрѣтеніе (прил. къ ст. 149 Уст. Торг. по изд. 1906 г.). Въ правилахъ объ этомъ залогѣ ст. 12 гласитъ: „суда, на приобрѣтеніе коихъ выдана ссуда, служатъ обезпеченіемъ обязательствъ заемщиковъ по ссудѣ, но, состоя въ залогѣ у казны, остаются въ пользованіи заемщиковъ“.

Вопросъ о правѣ залогодателя на пользованіе заложеннымъ имуществомъ является болѣе сложнымъ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ пользованіе соединено съ амортизаціей, т. е. потребленіе касается не только плодовъ, но также частей самой субстанции вещи. Такимъ пользованіемъ является, напримѣръ, рубка лѣса въ заложенномъ имѣніи, изнашиваніе машинъ при производствѣ на заложенномъ заводѣ, и т. д. Случай рубки лѣса предусмотрѣнъ въ уставахъ большинства земельныхъ банковъ и разрѣшается ими въ томъ смыслѣ, что въ имѣніяхъ, гдѣ ведется правильное лѣсное хозяйство, т. е. съ такимъ расчетомъ, чтобы лѣсъ рубился пропорціонально возстановленію его силами природы, рубка въ этихъ предѣлахъ свободна; въ остальныхъ же имѣніяхъ лѣсъ можно рубить лишь постольку, поскольку это необходимо для поддержанія хозяйства ¹⁾. Въ такомъ же смыслѣ разрѣшаетъ Уст. Гр. Судопр. вопросъ о правѣ владѣльца рубить лѣсъ послѣ полученія повѣстки объ исполненіи по какому либо взысканію ²⁾. Примѣняя этотъ принципъ къ амортизаціи другихъ предметовъ, главнымъ образомъ, машинъ на заводахъ, мы должны будемъ признать, что и здѣсь пользованіе машинами допустимо въ томъ раз-

¹⁾ См. Уст. Двор. В., ст. 62, 68 п. 3, Уст. Крест. В. ст. 56. п. 2 и др.

²⁾ Ст. 1097 п. 2.

мѣръ, въ какомъ это обусловливается хозяйственной цѣлью завода, т. е. веденіемъ производства. Принимая заводъ въ залогъ, залогодатель всегда долженъ имѣть въ виду, что ему закладывается имущество, служащее для опредѣленныхъ промышленныхъ цѣлей; амортизація въ томъ размѣрѣ, въ какомъ она обусловливается этими цѣлями, должна включаться въ понятіе о заводѣ, какъ объектѣ залога. Подтвержденіе такому взгляду можно найти въ законѣ, который требуетъ, чтобы заводъ закладывался именно въ такомъ составѣ, въ какомъ онъ служить для производства (ст. 1633 и 388 Зак. Гражд.). Второе, хотя косвенное, подтвержденіе можно усмотрѣть въ томъ, что соответственная амортизація допускается закономъ даже при арендѣ, несмотря на отсутствіе у арендатора какихъ-бы то ни было правъ на субстанцію вещи. Наконецъ, третій аргументъ въ пользу этого положенія можно привести а contrario: если бы мы захотѣли проводить послѣдовательно взглядъ, что пользованіе, соединенное съ амортизаціей, въ отношеніи заложеннаго имущества не должно быть допускаемо, то пришлось бы воспрепятствовать на заложенной землѣ, ибо онъ, какъ показываютъ агрономическія изслѣдованія, несомнѣнно истощаетъ производительныя силы почвы.

Не лишается залогодатель также и тѣхъ правъ, которыя, хотя не составляютъ непосредственнаго пользованія заложеннымъ имуществомъ, однако, въ своемъ осуществленіи зависятъ отъ этого имущества. Просматривая Положенія о Выборахъ въ Государственную Думу и въ Государственный Совѣтъ, а также Пол. о Зем. Учр., Город. Пол. и правила о дворянскихъ выборахъ въ Зак. о Сост., мы вездѣ найдемъ точное опредѣленіе того имущественнаго ценза, который необходимъ для участія въ выборахъ; но нигдѣ нѣтъ ни малѣйшаго указанія, чтобы при исчисленіи цѣнности недвижимаго имущества, принадлежащаго данному лицу, (или при исчисленіи количества принадлежащихъ

тому десятины земли) вычиталась та сумма, въ которой это имущество заложено. Между тѣмъ, подобный учетъ вообще нашему закону не чуждъ. Онъ производится, напримѣръ, по 493 ст. Зак. Гражд. при обращеніи имѣнія во временно-заповѣдное — вѣроятно, поэтому, что законодатель въ данномъ случаѣ интересовался не объемомъ правъ владѣльца, а только хозяйственной мощью самаго имѣнія. Тамъ, гдѣ рѣчь идетъ лишь о правахъ, связанныхъ съ имѣніемъ, законъ о подобномъ учетѣ умалчиваетъ. Сообразуясь съ этимъ умолчаніемъ, учета не производитъ и практика. Второй случай представляютъ права пайщика на соотвѣтственное число его паевъ участіе въ общемъ собраніи товарищества. Уже было упомянуто, что изъ западно-европейскихъ законодательствъ Швейцарское Гражданское Уложеніе предусматриваетъ положеніе этихъ правъ при закладѣ паевъ *explicite*. Именно, въ ст. 905 цитированнаго Уложенія постановляется, что заложенные акціи представляются въ общемъ собраніи не залогодержателемъ, а самимъ акціонеромъ¹⁾, несмотря даже на то, что, согласно ст. 900, закладъ ихъ производится путемъ трансферта на имя залогодержателя. Въ нашемъ законѣ не содержится опредѣленныхъ постановленій, нормирующихъ этотъ случай; но, по аналогіи предыдущаго, его нужно рѣшить въ томъ смыслѣ, что представительство заложенныхъ акцій принадлежитъ по-прежнему залогодателю. Такое рѣшеніе тѣмъ болѣе будетъ соотвѣтствовать духу закона, что законодательство наше въ ст. 2171 т. X ч. 1 опредѣляетъ права каждаго пайщика на участіе въ общемъ собраніи не по цѣнности паевъ, а исключительно по ихъ количеству, и не знаетъ ни при какихъ условіяхъ вычетовъ изъ этого количества вслѣдствіе перехода къ другому лицу части цѣнности.

¹⁾ См. выше, стр. 207—8.

Болѣ сложнымъ является вопросъ о правѣ залогодателя на распоряженіе заложеннымъ имуществомъ. Въ эпоху, когда составлялся X т. Свода Законовъ, такое распоряженіе воспрещалось почти безусловно. Это былъ отголосокъ того времени, когда залогъ представлялъ условное право не на опредѣленную мѣновую цѣнность изъ объекта, а на весь объектъ въ его цѣломъ. При такихъ условіяхъ, естественно, законъ не могъ допустить дальнѣйшаго распоряженія заложеннымъ имуществомъ. По 1647 ст. Зак. Гражд., заложенная недвижимость подвергается запрещенію; по 1388 и 1630 ст., имущество, находящееся подъ запрещеніемъ, не подлежало ни продажѣ, ни дальнѣйшему залогу, и какъ продажа, такъ и залогъ подобнаго имѣнія должны были даже караться уголовнымъ путемъ (ст. 1700 и 1705 Ул. о Нак.). Что же касается заклада движимости, то невозможность двукратнаго распоряженія казалась естественно вытекающей изъ правила 1671 ст., требующей передачи заложенной движимости во владѣніе залогодержателя.

По буквальному тексту 1 п. 1630 ст., залогъ, совершенный изъ подъ запрещенія, недѣйствителенъ. Но еще съ половины прошлаго вѣка практика начала уклоняться отъ строгаго примѣненія этой нормы. Въ 1850 году на разсмотрѣніе Государственнаго Совѣта восходило одно дѣло (Валлева и Лерха), гдѣ закладная была совершена на имущество, состоявшее подъ запрещеніемъ въ обезпеченіе заемнаго письма. По буквальному смыслу закона, надлежало признать залогъ ничтожнымъ. Но Государственный Совѣтъ сталъ на иную точку зрѣнія. Основываясь, повидимому, на дальнѣйшихъ словахъ 1 п. 1630 ст.: „имущество, такимъ образомъ заложенное, остается въ прежней его обязанности по предъидущему запрещенію“, онъ нашелъ, что нѣтъ основаній уничтожать подобную закладную, а слѣдуетъ только признать преимущественное передъ нею удовлетвореніе за кредиторомъ, обезпечившимъ

себя первымъ запрещеніемъ ¹⁾. Такимъ образомъ; уже въ то время норма 1630 ст. подвергалась ограничительному толкованію. Сдѣлка уже совершенная не должна была уничтожаться; но такая сдѣлка могла возникнуть только въслѣдствіе упущенія со стороны должностныхъ лицъ, а при нормальномъ исполненіи ими своихъ обязанностей запрещеніе служило безусловнымъ препятствіемъ къ залогу.

Однако, и изъ этого правила допускались исключенія. Еще при учрежденіи Государственнаго Заемнаго Банка въ 1754 году ²⁾ было разрѣшено выдавать изъ Банка вторичную ссуду подъ залогъ того-же имѣнія. Начиная съ 1786 года, наше законодательство стало допускать продажу имѣнія, заложеннаго въ кредитныхъ учрежденіяхъ, по правиламъ, установленнымъ послѣдними, съ переводомъ долга на покупателя ³⁾. Въ 1846 году было разрѣшено принимать имущества, заложенные по договорамъ съ казною въ суммѣ ниже оцѣночной, въ свободной части въ залогъ по другимъ договорамъ съ казною же ⁴⁾. Съ 1859 года въ уставахъ частныхъ учрежденій ипотечнаго кредита стали появляться параграфы, разрѣшающіе залогодателю съ особаго каждый разъ согласія Банка какъ продажу заложеннаго имущества, такъ и обремененіе его послѣдующими закладными ⁵⁾. Уст.

¹⁾ См. у Побѣдоносцева, Курсъ Гражд. Права, т. I. стр. 575, прим. 2.

²⁾ 1754 г. мая 18 (П. С. З. 10235).

³⁾ 1766 г. юня 28 (Полн. Собр. Зак. 16407) ст. 9, 1813 г. Юня 4-го (П. С. З. 29940) § 7, 1825 г. Сент. 2-го (П. С. З. 30479), Сент. 18-го (П. С. З. 30494), 1827 г. Мая 25-го (П. С. З. 1118), 1861 г. Юля 4-го (П. С. З. 37199) § 21, 1862 г. Февр. 6-го (П. С. З. 37950) пол. ст. 114, Окт. 30-го (П. С. З. 38257) § 20, 1863 г. Дек. 18-го (П. С. З. 40402); нынѣ 2-й п. 1388 ст. т. X, ч. I Зак. Гражд.

⁴⁾ 1846 г. Сент. 17 (П. С. З. 20448); нынѣ 64 ст. Пол. о Каз. Подр.

⁵⁾ Уставы С. Петерб. Гор. Кред. Общ. § 21, Моск. Гор. Кред. Общ. § 20, Одесск. Гор. Кред. Общ. § 20, С. Пет.-Тулъск. Зем. Банка § 11, Харьковск. Зем. Банка § 11, Полтавск. Зем. Банка § 11, Херсонскаго Земскаго Банка § 26, и т. д.

Гос. Двор. Зем. Банка требует согласія Банка для совершенія послѣдующихъ закладныхъ (ст. 73) и для раздробленія заложенного имущества (ст. 74), но отчужденіе имѣнія въ цѣломъ составѣ допускаетъ даже безъ испрашиванія разрѣшенія банка (ст. 75). Ст. 59 и 60 Уст. Крест. Позем. Банка также допускаютъ, хотя подѣ обязательнымъ условіемъ разрѣшенія отъ банка, отчужденіе заложенного участка, какъ въ цѣломъ составѣ, такъ и по частямъ. Изъ общихъ законовъ ст. 1184 и 1185 Уст. Гр. Суд. постановляютъ, что въ случаѣ публичной продажи заложенного имущества по взысканію посторонняго кредитора долгъ по закладной переводится на покупателя, а ст. 1215, говоря объ „удовлетвореніи по старшинству закладныхъ“ „претензій, обеспеченныхъ залогомъ“, этимъ молчаливо допускаетъ нѣсколько закладныхъ на одно имущество.

Въ качествѣ общей нормы матеріальнаго права, разрѣшающей въ дѣйствующемъ законѣ послѣдующіе залоговые заложенные имѣнія, обыкновенно указываютъ на ст. 1630¹ и 1646 Зак. Гражд. 1). Обѣ основаны на Высочайше утвержденномъ 12-го февраля 1862 г. мѣншіи Госуд. Совѣта. Первая изъ нихъ постановляетъ, что „имѣнія, служащія обезпеченіемъ долга государственнымъ кредитнымъ установленіямъ, могутъ быть отдаваемы, съ вѣдома послѣднихъ, въ залогъ частнымъ учрежденіямъ и лицамъ“, а относительно имѣній, заложенныхъ въ частныхъ банковыхъ обществахъ, послѣдующій залогъ допускается въ предѣлахъ ихъ уставовъ; по второй акты

¹) Ср. Марковъ, I. с., стр. 127; Ан—ровъ, статья: „Къ вопросу о правѣ залога свободныхъ частей цѣнности заложенного имѣнія“ въ Юр. Вѣст. за 1877 г., кн. 5—6, стр. 35—40; Зачинскій, статья: „Замѣчанія на X томъ“ въ Юр. Вѣст. за 1883 г., кн. 4-я, стр. 661; Гожевъ, статья: „Т. X въ над. 1887 г.“ въ Ж. Гр. и Уг. Пр. за 1888 г., кн. 9, стр. 93—94; Шершеневичъ, I. с., стр. 353; Гольмстенъ, Лекціи Мейера, стр. 443; Кавелинъ, I. с., стр. 143.

такого послѣдующаго залога совершаются по общимъ правиламъ о закладныхъ, „но долги государственнымъ кредитнымъ установленіямъ по первоначальному въ нихъ залогу имѣнія, отвѣтственность по выданнымъ для залога въ дѣлахъ съ казною свидѣльствамъ и долги, обезпеченные закладными на то же имѣніе, по служить препятствіемъ къ совершенію новой закладной“.

По справедливому замѣчанію Анненкова, если бы не это послѣднее выраженіе закона о „долгахъ, обезпеченныхъ закладными на то же имѣніе“, то все постановленіе едва ли возбудило бы тѣ горячіе споры о сферѣ его примѣнимости, которые существуютъ въ нашей литературѣ сейчасъ ¹⁾. Будучи извлечено изъ Высочайше утв. мнѣнія Гос. Совѣта „о нѣкоторыхъ льготахъ и облегченіяхъ помѣщикамъ и землевладѣльцамъ“, оно, по буквальному смыслу какъ своего текста, такъ и своего источника, относится только къ имѣніямъ, заложеннымъ въ государственныхъ кредитныхъ установленіяхъ; лишь въ кодификаціонномъ порядкѣ къ нему присоединена также ссылка на аналогичныя нормы въ уставахъ частныхъ кред. учреждений. Этому взгляду придерживаются также Змирловъ ²⁾, Гантоверъ ³⁾, Андреяновъ ⁴⁾ и Васковскій ⁵⁾. Къ приведеннымъ ими доводамъ можно прибавить еще то, что 1) по самому тексту 1630¹ ст. разрѣшеніе послѣдующихъ залоговъ есть „изъятіе“ и слѣдовательно, должно быть толкуемо ограничительно, а 2) такое толкованіе оправдывается и историческимъ происхожденіемъ закона 1862 года. Это было

¹⁾ Система, т. III, стр. 322—3 и 325—6; ср. Побѣдоносцевъ Курсъ Гражд. Права, т. I, стр. 581.

²⁾ Л. с., стр. 100—102.

³⁾ Залоговое право, стр. 36.

⁴⁾ Андреяновъ, Сборникъ рѣшеній гр. кас. Деп. Сен. за 1889 г., стр. 64—5.

⁵⁾ Учебн. Гражд. Права, вып. II, стр. 183.

немедленно послѣ освобожденія крестьянъ. По ст. 69 Пол. о Выкупѣ изд. 1861 г., изъ выкупной ссуды должны были прежде всего удовлетворяться по своимъ долгамъ государственныя кредитныя установленія. Такъ какъ эти долги по своимъ размѣрамъ были значительно меньше выкупныхъ ссудъ, то они должны были быть уплочены изъ ссудъ полностью и, такимъ образомъ, тяготѣли уже въ сущности не на имѣннн въ цѣломъ, а только на подлежащихъ выкупу надѣльныхъ земляхъ крестьянъ¹⁾. Эти земли, фактической объектъ перваго залога въ государственныхъ кредитныхъ установленіяхъ, уже были отдѣлены отъ состава имѣнія; отсюда становилось возможнымъ и даже не противорѣчающимъ по духу 1630 ст. Зак. Гражд. дозволеніе собственнику обременить остатокъ имѣнія новымъ залогомъ. Поэтому, цитированныя статьи Зак. Гражд. едва ли могутъ служить серьезнымъ доводомъ въ пользу принципиальнаго допущенія нѣсколькихъ залоговъ въ нашемъ правѣ. Правит. Сенатъ, признавая эти статьи нормами общими, подлежащими толкованію распространительному, усматриваетъ доказательство такого ихъ характера въ 1215 ст. Уст. Гр. Суд., говорящей въ общей формѣ о конкуренціи нѣсколькихъ закладныхъ²⁾. Но съ этой аргументаціей согласиться трудно: какъ совершенно справедливо замѣчаетъ Андреяновъ, 1215 статья, представляя норму процессуальнаго права, не можетъ самостоятельно разрѣшить нѣсколько залоговъ одного имущества, а только опредѣляетъ правила конкуренціи залоговъ для тѣхъ случаевъ, когда такая конкуренція дозволена правомъ матеріальнымъ.

Однако, въ нашемъ дѣйствующемъ законѣ все таки можно отыскать норму матеріальнаго права (хотя и помѣщенную не въ надлежащей части Свода), раз-

¹⁾ Въ случаѣ, если бы долгъ превысилъ ссуду, онъ согласно § п. той-же ст., долженъ былъ погашаться изъ дополнительныхъ платежей крестьянъ.

²⁾ Рѣш. 1889 г. № 88 (по д. Шперлинга).

рѣшающую нѣсколько послѣдующихъ залоговъ, и притомъ въ общей принципіальной формѣ. Это ст. 183 Пол. о Нотар. Части: „послѣдующіе акты объ ограниченіяхъ права собственности утверждаются Старшимъ Нотариусомъ и отмѣтки объ этихъ ограниченіяхъ вносятся въ реестръ крѣпостныхъ дѣлъ, не требуя на то согласія лицъ, въ пользу которыхъ имѣются уже ограниченія, если, впрочемъ, права сихъ лицъ не нарушаются ограниченіями послѣдующими“. Мы видѣли выше, что по статьѣ 159 того же Полож. „обремененіе имущества залогомъ“ есть „ограниченіе права собственности“¹⁾; слѣдовательно, оно подходит подъ дѣйствіе 183 ст. Такъ какъ по ст. 1215 Уст. Гражд. Судопр. послѣдующій залогъ получаетъ силу при взысканіи лишь послѣ полного удовлетворенія предыдущаго залогодержателя и, такимъ образомъ, ничѣмъ не можетъ нарушить его интересовъ, то логически слѣдовало бы признать, что, за исключеніемъ случаевъ, гдѣ сторонами оговорено противное (напримѣръ, при залогѣ въ кредитныхъ учрежденіяхъ), послѣдующій залогъ даже не требуетъ согласія предыдущаго залогодержателя. Конечно, эти нормы находятся въ рѣзкомъ противорѣчій съ 1630 ст. Зак. Гражд. Но такъ какъ и Уст. Гр. Суд., и Пол. о Нот. Части являются по отношенію къ послѣдней законами позднѣйшими, то они имѣютъ передъ нею преимущественную силу.

Такимъ образомъ, нужно признать право залогодателя на дальнѣйшія залоговыя обремененія уже заложенного недвижимаго имущества. Уже одно это даетъ апріорное основаніе къ тому, чтобы признать за нимъ и право на отчужденіе такового съ переводомъ долга на покущика. Дѣйствующій законъ въ цѣломъ рядѣ случаевъ, указанныхъ выше, допускаетъ въ видѣ изыятія подобное отчужденіе. Главнѣйшія изъ этихъ изыятій указаны въ самой 1388 ст. X т., которая, за-

¹⁾ См. выше, стр. 247.

прещая вообще продажу имущества, состоящаго подъ запрещеніемъ, постановляетъ вмѣстѣ съ тѣмъ во 2 п. „если имущество состоитъ подъ запрещеніемъ по залoгу въ кредитномъ установленіи, то продажа онаго разрѣшается по правиламъ, изложеннымъ въ уставахъ кредитныхъ установленій“. Второй случай, гдѣ законъ допускаетъ при существованіи залога отчужденіе имущества и связанный съ нимъ переходъ обязанностей передъ залогодержателемъ даже безъ согласія послѣдняго, это случай принудительной продажи заложеннаго имущества по взысканію посторонняго кредитора (ст. 1184 и 1185 Уст. Гр. Суд.). Но возможна ли добровольная продажа имущества, заложеннаго въ частныя руки, безъ погашенія закладной и соотвѣтственнаго снятія запрещенія?

Если мы обратимся къ тексту 1388 ст., то намъ прежде всего бросится въ глаза ея сравнительная неопредѣленность. „Продавать—гласить эта статья—можно имущество токмо свободное, т. е. не состоящее подъ запрещеніемъ въ письмѣ купчихъ и закладныхъ крѣпостей“. А если, несмотря на запретъ, будетъ продано имущество, состоящее подъ запрещеніемъ? что тогда? Этому законъ не объясняетъ. Если бы законодатель хотѣлъ карать такую продажу безусловной недѣйствительностью, то онъ, вѣроятно, изложилъ-бы 1388 ст. такъ же, какъ изложены предшествующія 1386 и 1387 ст., которыя прямо начинаются словами: „недѣйствительна продажа...“. Если же законодатель, переходя къ изложенію 1388 ст., вдругъ рѣзко измѣнилъ пріемъ изложенія, то, очевидно, онъ не намѣревался проводить въ этомъ случаѣ принципъ безусловной недѣйствительности сдѣлки. Да къ этому и не представляется оснований, ибо запрещеніе ничѣмъ не измѣняетъ существа права собственности, а представляетъ только экстраординарную мѣру для охраны законныхъ интересовъ посторонняго лица. По 1-му пункту 1388 ст. продажа изъ подъ запрещенія (впрочемъ, наложеннаго

въ обезпеченіи иска или взысканія) можетъ быть совершена безпрепятственно, если при самомъ ея совершеніи будетъ обезпеченъ вносомъ соотвѣтственной денежной суммы или даже переводомъ запрещенія на другое имущество интересъ того лица, въ пользу котораго запрещеніе наложено. Отсюда вытекаетъ, что законъ смотритъ на запрещеніе, какъ на мѣру, исключительно связанную съ частноправнымъ интересомъ опредѣленнаго лица. Поэтому, нельзя не согласиться съ Правительствующимъ Сенатомъ, который въ рѣшеніи 1871 г. № 931 разъяснилъ, что результатомъ продажи изъ подъ запрещенія является не ничтожность сдѣлки, а только ея оспоримость, причемъ право оспаривать такую продажу принадлежитъ лицу, въ интересахъ котораго запрещеніе было наложено.

Дальнѣйшіе выводы ясны. Разъ существованіе запрещенія влечетъ за собою не ничтожность совершенной изъ подъ запрещенія продажи, а только оспоримость ея для опредѣленнаго лица, то это лицо можетъ и отказаться отъ своего права оспаривать сдѣлку, и тогда она будетъ въ полной мѣрѣ дѣйствительна. Въ рѣшеніи 1903 г. № 118 по д. Лифшица съ Аннибалъ Гражд. Касс. Деп. высказалъ справедливое положеніе, что лицо, въ пользу котораго наложено запрещеніе, можетъ не только изъявить свое согласіе на продажу при данной конкретной сдѣлкѣ, но и разрѣшить въ абстрактной формѣ при самомъ договорѣ о запрещеніи продажу съ переводомъ долга на покупателя. Нѣтъ логическихъ основаній не примѣнять этого принципа въ случаяхъ запрещенія по залогу въ частныя руки. Слѣдовало бы признать и здѣсь, что продажа заложеннаго имущества съ переводомъ долга на покупателя можетъ быть совершена подъ условіемъ согласія залогодержателя, выраженнаго либо конкретно при данной сдѣлкѣ, либо абстрактно при самомъ совершеніи закладной. Исходя изъ приведенныхъ соображеній, практика уже давно стала допускать отчужденіе заложеннаго недви-

жимаго имѣнія и переводъ долга съ согласія залогодержателя. Въ кассационныхъ рѣшеніяхъ Гражд. Департамента можно найти указанія на утвержденіе подобныхъ купчихъ еще въ 70-хъ годахъ и даже въ концѣ 60-хъ ¹⁾).

Нашему праву извѣстенъ одинъ случай, гдѣ продажа заложеннаго имѣнія или части его, несмотря на тяготѣющее на немъ запрещеніе, можетъ быть совершена даже помимо согласія залогодержателя. Этотъ случай оговоренъ въ замомъ законѣ, именно въ ст. 1098 Уст. Гражд. Суд. и ст. 620 Зак. о Суд. Гражд. Здѣсь дозволяется собственнику по обращеніи на имѣніе взыскація продать или заложить имѣніе или часть онаго, съ тѣмъ, чтобы при самомъ совершеніи такой продажи или залога была внесена вся сумма, необходимая на удовлетвореніе взыскателя. Эти нормы по содержанию своему почти тождественны съ 1-мъ п. 1388 ст. Но въ то время, какъ 1388 ст. проводитъ грань между запрещеніями по иску и запрещеніями по залогу и относитъ дозволеніе продажи только къ имѣніямъ, на которыя запрещеніе наложено по иску или взысканію (безспорному?), цитированныя постановленія процессуальнаго права такой грани не содержатъ. По какимъ-бы причинамъ запрещеніе ни было наложено, разъ на имѣніе обращено взысканіе, то собственникъ тѣмъ самымъ получаетъ право спасти свое имущество экстренной мѣрой. Такимъ образомъ, даже въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ запрещеніе первоначально было наложено по залогу и, слѣдовательно, продажа не могла быть совершена на основаніи 1-го п. 1388 ст., она становится возможной на тѣхъ-же условіяхъ съ момента, когда закладная обращена ко взысканію.

Но это правило не подлежитъ распространительному толкованію въ томъ смыслѣ, чтобы на основаніи

¹⁾ См., напр., рѣш. 1881 г. № 65 (по д. Шаховой съ Голубомъ) гдѣ купчая крѣпость была утверждена 16 іюля 1869.

его продажа имѣнія по внесеніи въ соответственное мѣсто суммы долга допускалась до предъявленія закладной ко взысканію. Какъ справедливо указано въ объяснительной запискѣ къ Судебнымъ Уставамъ¹⁾, досрочное погашеніе долга часто нарушало-бы законные интересы залогодержателя. Поэтому подобный видъ продажи изъ подъ запрещенія безъ согласія залогодержателя, слѣдуетъ считать возможнымъ только тогда, когда залогодержатель уже самъ выразилъ стремленіе получить обратно свои деньги, предъявивъ закладную ко взысканію²⁾. За этимъ исключеніемъ, согласіе залогодержателя для продажи заложенной недвижимости въ нашемъ дѣйствующемъ правѣ, повидимому, является необходимымъ.

Вопросъ рѣшается значительно легче относительно отчужденія и дальнѣйшаго заклада уже заложенныхъ движимыхъ имуществъ и правъ. Нашъ законъ не содержитъ никакого положительнаго воспрещенія на этотъ счетъ; поэтому, такое распоряженіе собственника слѣдуетъ считать дозволеннымъ. Мы видѣли выше, что его дозволяютъ и западныя законодательства, изъ которыхъ иныя даже нормируютъ его порядокъ, постановляя, что отчужденіе и дальнѣйшій закладъ необходимо требуютъ извѣщенія перваго залогодержателя, какъ *detentor*'а вещи, и что въ случаѣ послѣдующаго заклада заложенная вещь послѣ удовлетворенія первой претензіи передается не обратно собственнику, а второму залогодержателю³⁾.

Дозволеніе залогодателю распоряжаться заложеннымъ имуществомъ *salvo jure pignoris* можно вывести и теоретически изъ опредѣленія залога. Имѣя право на количественно опредѣленную мѣновую цѣнность, залогодержатель совершенно не заинтересованъ въ распоряженіяхъ собственника остальною принадлежащею ему

¹⁾ Суд. Уст. въ изд. Госуд. Канц., объясненія къ 1184—5 ст.

²⁾ Съ противоположнымъ мнѣніемъ Сената въ рѣш. 1857 г. № 487 (по д. Эспесо съ Норовымъ) согласиться трудно.

³⁾ См., напр., Code fédéral des obl., art. 217:

частью. Но такъ какъ часть, принадлежащая залогодержателю, опредѣлена не только въ количествѣ, а также въ порядкѣ, то отсюда вытекаетъ право залогодержателя на сохраненіе своего ранга, несмотря ни на какія распоряженія собственника заложенымъ имуществомъ.

Нельзя отвѣтить столь-же увѣренно на вопросъ о правѣ собственника распоряжаться отдѣльными частями заложеной вещи. Какъ справедливо указываютъ многіе изъ нашихъ цивилистовъ—Мейеръ, ¹⁾ Думашевскій, ²⁾ Побѣдоносцевъ, ³⁾ Гантоверъ, ⁴⁾ Анненковъ ⁵⁾—нашему законодательству свойственъ принципъ недѣлимости залога, недопускающій раздробленія его по односторонней волѣ залогодателя. Согласно 1329 ст. т. X ч. 1, не только отчужденіе части, но даже раздѣлъ имѣнія между наслѣдниками, если оно заложено въ какомъ либо кредитномъ учрежденіи, допускается только съ соблюденіемъ установленныхъ для этого учрежденія правилъ. Въ уставахъ кредитныхъ учреждений, какъ правительственныхъ, такъ и частныхъ, содержатся большей частью постановленія, дозволяющія раздѣлять заложенаго имѣнія между наслѣдниками и отчужденіе частей не иначе, какъ съ согласія банка и съ переводомъ соотвѣтственной части долга ⁶⁾. Аналогичныя постановленія содержатся въ этихъ же уставахъ относительно отчужденія принадлежностей, главнымъ образомъ, рубки лѣса: и здѣсь необходимо требуется согласіе банка ⁷⁾. Кассационная практика рас-

¹⁾ Мейеръ, 1. с., стр. 237.

²⁾ Статья „Объ удовлетвореніи по закладнымъ“ въ Суд. Вѣстн. за 1867 г., № 283.

³⁾ Курсъ Гражд. Права, т. I, стр. 580.

⁴⁾ Залоговое право, стр. 60—61.

⁵⁾ Система, т. III, стр. 403—4.

⁶⁾ Уставъ Гос. Двор. З. Банка, ст. 64; уставы Харьковскаго, Полтавскаго и С. Пет.-Гульскаго Зем. Банковъ, § 11; уставы Московскаго и Одесскаго Городскихъ Кред. Общ., § 20.

⁷⁾ См., напр., Уст. Двор. Банка, ст. 68, п. 3.

пространила этотъ принципъ и на принадлежности имуществъ, заложенныхъ въ частныя руки ¹⁾. Такому положенію нельзя отказать въ логической правильности. Такъ какъ залогодержатель имѣетъ право на опредѣленную цѣнность изъ всего объекта, а дробленіе его необходимо предполагаетъ либо дробленіе залогового права, либо освобожденіе изъ подъ залога части имущества, то, повидимому, нужно признать, что дробленіе возможно лишь съ согласія залогодержателя ²⁾.

Что касается, даѣе, вопроса о права на послѣдующій залогъ неотдѣленныхъ частей и принадлежностей, то на него, кажется, нужно отвѣтить безусловно отрицательно. Относительно принадлежностей мы уже видѣли выше, что онѣ до своего отдѣленія, вообще, не могутъ быть самостоятельными объектами залоговой сдѣлки ³⁾. Относительно частей имуществъ раздробляемыхъ (напримѣръ, земель заложенаго имѣнія), нужно замѣтить, что ихъ отдѣленіе происходитъ не физически, а только юридически, путемъ установленія на нихъ правъ, какъ на самостоятельномъ объектѣ. На Западѣ это отдѣленіе имѣетъ внѣшнее выраженіе въ особомъ листѣ для даннаго имущества, открываемомъ въ вотчинной книгѣ. Само собою понятно, что залогъ можетъ быть установленъ на имущество, какъ на самостоятельномъ объектѣ, лишь съ того момента, когда для него открытъ особый листъ въ книгѣ. У насъ не существуетъ вотчинныхъ книгъ. Но думается, что и по нашему праву едва ли возможенъ съ фор-

¹⁾ Рѣш. 1887 г. № 109 (по д. Храпунова-Новаго и Марина съ Ширинимъ) и др.

²⁾ Западно-европейскія законодательства не всѣ строго придерживаются этого принципа. Такъ, напримѣръ, Code Civil Suisse въ ст. 811 постановляетъ, что въ случаѣ отчужденія части имѣнія, цѣнность которой не превышаетъ $\frac{1}{20}$ суммы долга, отчужденная часть освобождается отъ залога, но при этомъ либо залогодержателю должна быть уплочена соотвѣтственная часть долга, либо оставшаяся часть имѣнія должна представлять для него достаточное обезпеченіе.

³⁾ См. стр. 276—8.

мальной точки зрѣнія отдѣльный залогъ участка, не внесеннаго отдѣльно въ крѣпостной реестръ. Если бы даже мы признали такой залогъ формально возможнымъ, то и тогда этимъ еще не была бы установлена возможность отдѣльнаго вторичнаго залога части имущества, заложенаго цѣликомъ по первой закладной. Дѣло въ томъ, что, если отвлечься отъ формальнаго момента внесенія отдѣльно въ крѣпостной реестръ, имущество должно считаться отдѣленнымъ съ того времени, когда на него установлены отдѣльныя права. Такимъ образомъ, самый вторичный отдѣльный залогъ части недвижимаго имущества уже долженъ быть бы почитаться началомъ ея отдѣленія. Но тогда долгъ по первому залогу оказался бы лежащимъ уже не на одномъ имѣніи, а на двухъ. Поэтому, согласно 1644 ст. Зак. Гражд., было бы необходимо, по соглашенію съ залогодержателемъ, раздѣлить и этотъ долгъ между обоими имѣніями. Другими словами, отдѣленіе, начатое отдѣльнымъ вторичнымъ залогомъ части, пришлось бы довести до конца раздѣленіемъ первоначальнаго общаго долга. По этимъ соображеніямъ, едва ли не слѣдуетъ признать, что вторичный залогъ части заложенаго уже имущества возможенъ только подъ условіемъ ея полнаго отдѣленія съ согласія перваго залогодержателя.

Однако, нельзя, кажется, не признать за собственникомъ права распоряжаться принадлежностями и частями заложенаго имущества безъ согласія залогодержателя въ тѣхъ предѣлахъ, въ какихъ подобное распоряженіе обуславливается хозяйственными цѣлями имущества въ цѣломъ составѣ. Едва ли кто рѣшится отрицать за собственникомъ право перемѣнить помимо согласія залогодержателя испорченную печь въ заложеномъ домѣ или изношенный блокъ на заложеномъ заводѣ. Въ этихъ случаяхъ новый предметъ, поставленный собственникомъ, подпадаетъ подъ залоговое право на основаніи общаго ученія о принадлежности; что же касается стараго, то едва ли мы ошибемся, если при-

знаемъ, что съ отдѣленіемъ отъ главной вещи и замѣною другимъ онъ долженъ быть освобожденъ отъ дѣйствія залогового права¹⁾).

Чтобы покончить съ правами залогодателя, упомянемъ еще о его правахъ по отношенію къ третьимъ лицамъ. Прежде всего, у него остаются всѣ тѣ правомочія, которыя вытекаютъ изъ его права собственности на заложенные тѣлесныя вещи. По ст. 691 Зак. Гражд. „каждый имѣетъ право отыскивать свое имущество изъ чужого неправильнаго владѣнія“; это право принадлежит и залогодателю, ибо заложенное имущество не перестаетъ быть его собственностью. На томъ же основаніи нельзя не признать за нимъ права отыскивать вознагражденіе за вредъ и убытки, причиненные заложеному имуществу дѣйствіями третьихъ лицъ. Вопросъ другой, можетъ ли онъ распорядиться въ свою пользу полученнымъ вознагражденіемъ, или оно удерживается залогодержателемъ; ²⁾ но самое право на искъ принадлежит ему безспорно. То-же самое нужно сказать о страховомъ вознагражденіи, если страховаль самъ собственникъ или, вообще, если имущество было застраховано въ его пользу.

Въ нѣсколько обособленномъ положеніи находятся отношенія сторонъ къ третьему лицу въ томъ случаѣ, когда объектомъ заклада служить направленное противъ этого лица требованіе. Здѣсь третье лицо выступаетъ не въ качествѣ нарушителя цѣнности заложеннаго объекта, а, наоборотъ, въ качествѣ ея первоначальнаго установителя. Принимая требованіе въ закладъ, залогодержатель получаетъ въ качествѣ обезпеченія, по образному выраженію римлянъ, „*poten de-*

¹⁾ За исключеніемъ этого случая, не только отдѣленіе отъ главной вещи, но даже спецификація не освобождаетъ принадлежность отъ дѣйствія залогового права (по крайней мѣрѣ, пока она находится въ рукахъ собственника главной вещи). Ср. рѣш. Гражд. Касс. Деп. 1897 г. № 80, 1887 г. № 109 и др.

²⁾ См. объ этомъ ниже, въ слѣд. главѣ.

litoris“, „имя должника“. Нашъ законъ совершенно не выясняетъ, вправѣ ли залогодатель взыскивать по собственной инициативѣ удовлетвореніе по заложенному требованію, или такое право принадлежитъ залогодержателю. Изъ новѣйшихъ западныхъ кодексовъ наиболее подробныя и точныя постановленія по этому предмету заключаетъ Германское Гражданское Уложеніе ¹⁾. Оно разрѣшаетъ вопросъ въ томъ смыслѣ, что, если срокъ заложеннаго требованія наступаетъ до срока претензіи, въ пользу которой залоговое право установлено, какъ залогодатель, такъ и залогодержатель могутъ вчинать искъ объ уплатѣ по собственной инициативѣ; если же заложенное обязательство писано срокомъ до востребованія, то залогодержатель вправѣ произвести востребованіе лишь послѣ просрочки по обеспеченному долгу, а до наступленія этого условія право на востребованіе принадлежитъ только залогодателю. Однако, и въ томъ, и въ другомъ случаѣ уплата до срока залоговой сдѣлки должна быть произведена обязательно залогодателю и залогодержателю вмѣстѣ, и уиоченная сумма служитъ обеспеченіемъ залогодержателя. Эти начала приняты также въ остальныхъ западно-европейскихъ законодательствахъ. Они меньше стѣсняють права залогодателя, нежели принципы, проводимые въ нашемъ проектѣ Гражданскаго Уложенія ²⁾, и потому нельзя не признать ихъ болѣе соответствующими цѣлямъ залога. Было бы цѣлесообразно примѣнять ихъ и у насъ. До разрѣшенія этого вопроса законодательнымъ путемъ, инициативу, кажется, могъ бы принять на себя Гражданскій Касс. Деп., который имѣлъ бы полную возможность основывать примѣненіе этихъ нормъ на общемъ духѣ института залога.

Если въ отношеніи правъ залогодателя общимъ принципомъ является возможно меньшее ограниченіе,

¹⁾ Герм. Гражд. Улож., §§ 1281—3; ср. выше, стр. 205—7 и др.

²⁾ Ст. 411 кн. III.

строго соответствующее цѣлямъ залога, то *права залогодержателя*, наоборотъ, являются ограниченными по самому своему существу. По самой идеѣ залогового права, какъ права, условно осуществляемого, оно до своего разрѣшенія въ ту или иную сторону должно какъ можно меньше стѣснять безусловныя права другихъ лицъ; кромѣ того, будучи правомъ исключительно на мѣновую цѣнность, оно не должно препятствовать другимъ лицамъ въ использованіи заложеннаго имущества путемъ потребления и производства, поскольку это не нарушаетъ его мѣновой цѣнности. Отсюда логическій выводъ, который, дѣйствительно, принятъ всеми законодательствами современной Европы,—что залогодержатель не долженъ ни при какихъ условіяхъ получать заложенный объектъ до срока въ пользованіе и лишь въ случаѣ необходимости можетъ получить его во владѣніе.

Мы видѣли выше, что по нашему праву, какъ и по западно-европейскимъ, при закладѣ движимыхъ вещей и правъ необходима, въ противоположность залому недвижимости, передача во владѣніе кредитора вещи или документа о правѣ ¹⁾. Однако, и въ этихъ случаяхъ пользованіе, поскольку оно отдѣлимо отъ владѣнія, остается залогодателю. Большинство западныхъ кодексовъ допускаетъ одно исключеніе изъ этого правила: они разрѣшаютъ залогодержателю удерживать изъ процентовъ заложеннаго требованія то, что ему слѣдуетъ въ качествѣ текущихъ процентовъ по его собственному требованію ²⁾. Нашему праву неизвѣстно даже это исключеніе. Единственный законъ, говорящій объ участіи процентовъ заложенныхъ требованій, прим. къ ст. 100 разд. I Уст. Кред., возлагаетъ на залогодержателя безусловную обязанность выдавать залогодателю купоны, срокъ которымъ уже наступилъ, не дѣлая оговорокъ о

¹⁾ См. выше, стр. 304—5.

²⁾ См. выше, стр. 206, прим. 1.

правѣ удержанія ихъ по какимъ бы то ни было основаніямъ.

Иначе рѣшается въ нашемъ правѣ вопросъ о владѣніи и пользованіи заложеннымъ имуществомъ послѣ срока. Теоретически и въ этомъ случаѣ нѣтъ основанія передавать имущество залогодержателю, потому что его право на мѣншую цѣнность совершенно не обнимаетъ владѣнія и пользованія. Такъ и смотрятъ на этотъ вопросъ западно европейскіе кодексы. Германское право, допуская въ промежуткѣ между просрочкой по закладной и публичной продажей имущества такъ назыв. „Zwangsverwaltung“ („принудительное управление“) залогодержателя, обязываетъ его въ доходахъ и расходахъ находящагося подъ его управленіемъ имущества давать точный отчетъ; пользованіе не идетъ цѣликомъ на замѣну процентовъ, а въ счетъ оныхъ зачитывается изъ плодовъ имущества только соответственная часть¹⁾. Въ этой формѣ временное управленіе залогодержателя является только средствомъ борьбы противъ недобросовѣстнаго хозяйничанія должника послѣ просрочки по закладной. У насъ вопросъ стоитъ иначе. Подъ вліяніемъ историческихъ условій развитія нашего залогового права, нашъ институтъ временнаго владѣнія послѣ срока до сихъ поръ отличается безотчетностью временнаго владѣльца. По ст. 615 Зак. о Суд. Гражд. и ст. 1129 Уст. Гр. Суд., заложенное имущество послѣ срока передается, по ходатайству залогодержателя, въ его временное управленіе съ правомъ пользоваться плодами вмѣсто процентовъ. Этотъ институтъ въ настоящее время, кажется, не оправдывается ни теоретическими, ни практическими соображеніями; какъ справедливо указываютъ Гантовъ²⁾ и Кассо³⁾, онъ составляетъ въ нашемъ правѣ несомнѣнный архаизмъ.

¹⁾ Civilprozessordnung, §§ 15 ff.; 146 ff., 866 u. a.

²⁾ Залоговое Право, стр. 91—3.

³⁾ Понятіе о залогѣ, стр. 327—8.

Однако, права залогодержателя, принявшего недвижимое имѣніе во временное владѣніе, связаны также съ опредѣленными обязанностями. Согласно разъясненіямъ Правительствующаго Сената въ рѣшеніяхъ Гражд. Касс. Деп. 1875 г. № 219 по д. Галли и 1877 г. № 133 по д. Гомерова, временный владѣлецъ обязанъ уплачивать всѣ прямые налоги, числящіеся на имѣнныя недоимки и проценты по остальнымъ залогамъ, если таковыя существуютъ. Сенатъ мотивируетъ такое рѣшеніе тѣмъ, что всѣ эти долги „тяготѣютъ на самомъ имѣннѣ“. Нельзя не замѣтить, что аргументація эта слаба. Если проводить ее послѣдовательно, то пришлось бы признать, что когда въ теченіе временнаго владѣнія наступаетъ срокъ другой закладной, временный владѣлецъ обязанъ погасить послѣднюю, потому что и она „тяготѣетъ на самомъ имѣннѣ“; во всякомъ случаѣ, отнесеніе недоимокъ къ числу платежей, слѣдующихъ съ временнаго владѣльца, заставило бы признать его обязаннымъ уплатить въ теченіе нѣсколькихъ мѣсяцевъ своего владѣнія проценты по другимъ закладнымъ за все то время, за которое они не уплачены залогодателемъ.

Къ сожалѣнію, дѣйствующій законъ не даетъ положительныхъ указаній для разрѣшенія интересующаго насъ вопроса. Чтобы достигнуть этой цѣли, обратимся къ историческому происхожденію законовъ о временномъ владѣніи. Какъ извѣстно, указъ 1737 года ¹⁾, впервые отмѣнившій переходъ имѣнія въ собственность залогодержателя послѣ просрочки, не устанавливалъ же временнаго владѣнія; третій пунктъ указа прямо воспрещалъ „допускать“ залогодержателя послѣ срока ко владѣнію заложеннымъ имѣніемъ. Повидимому, именно здѣсь кроется одна изъ важныхъ причинъ непрочности этой нормы. Изъ указа 1744 г. ²⁾ мы узнаемъ,

¹⁾ 1737 г. Авг. 1 (П. С. З. 7339).

²⁾ 1744 г. Мая 11 (П. С. З. 8936).

что залогодержатели оставались въ накладѣ, такъ какъ въ теченіе долгаго времени не могли добиться ни своихъ денегъ, ни заложеннаго имущества. Отсюда, вѣроятно, при изданіи банкротскаго устава 1800 г.¹⁾ возникла мысль обезпечить залогодержателя въ полученіи до публичной продажи вознагражденія за пользованіе его капиталомъ въ видѣ временнаго владѣнія имѣніемъ, замѣняющаго проценты, такъ какъ само собою понятно, что послѣ просрочки и назначенія имущества въ продажу должникъ уже не былъ склоненъ платить проценты добровольно.

Изъ этого происхожденія законовъ о временномъ владѣніи можно сдѣлать выводъ объ ихъ внутреннемъ смыслѣ. Залогодержатель принимаетъ имѣніе не для того, чтобы обогатиться излишками дохода надъ слѣдующими ему процентами, и не для того, чтобы докладывать изъ кармана въ случаѣ ихъ недостаточности, а только для того, чтобы обезпечить поступленіе доходовъ въ уплату по срочнымъ платежамъ, лежащимъ на имѣніи. Его владѣніе есть, какъ его мѣтко и точно называетъ Уст. Гр. Суд., „*управленіе* съ правомъ пользоваться вмѣсто процентовъ доходами имѣнія“. Отсюда вытекаютъ два слѣдствія: 1-ое, что за время своего владѣнія залогодержатель обязанъ уплачивать только срочные платежи, а не недоимки, накопившіяся за прошлые годы; 2-ое, что, если доходы въ имѣніи окажутся недостаточными даже для срочныхъ платежей, то они должны удовлетворяться въ порядкѣ старшинства, но временный владѣлецъ не обязанъ докладывать своихъ денегъ²⁾. Логически слѣдовало бы для полноты признать, подобно тому, какъ это признано на Западѣ, что временный владѣлецъ долженъ зато возвращать излишки дохода; но оправданіе для нормы дѣйствующаго закона, предоставляющей ихъ ему, можно, кажется,

¹⁾ 1800 г. Дек. 19 (П. С. З. 19692).

²⁾ Ср. рѣш. Гражд. Касс. Деп. 1893 г. № 33 (по д. Лисичина съ Мосоловымъ).

найти въ необходимости вознаградить его за трудъ управленія.

Значительную перемену вносить наступленіе срока и въ права залогодержателя на распоряженіе заложеннымъ имуществомъ ¹⁾. Большинство западно-европейскихъ законодательствъ признаетъ за залогодержателемъ до срока лишь весьма ограниченныя права, именно, право вмѣшательства въ дѣйствія собственника, обезцѣнивающія имущество, и право передачи закладной другому лицу; наоборотъ, послѣ срока для него возникаетъ право отчужденія заложенныхъ вещей и право взысканія по заложеннымъ требованіямъ ²⁾.

Изъ обоихъ правъ залогодержателя до срока ни одно неизвѣстно нашему X тому. Ст. 1653 и 1678 даже прямо воспрещаютъ „передать закладныя по надписямъ“. По толкованію Правительствующаго Сената, передача закладной не можетъ быть произведена и путемъ особаго акта (рѣш. 1873 г. № 1668). Однако, Сенатъ призналъ въ цѣломъ рядъ рѣшеній, что запрещеніе передачи закладныхъ не есть норма публично-правового характера, а установлена въ интересахъ залогодателя, почему передача должна считаться дѣйствительной и даже заноситься въ крѣпостные реестры, если произведена съ его согласія (рѣш. 1873 г. № 1668, 1879 г. № 125, 1898 г. г. № 20 и др.). Такое толкованіе описывается на источникъ названныхъ статей, на 21 ст. II ч.

¹⁾ Теоретическое основаніе такой перемены заключается въ условности осуществленія залогового права.

²⁾ Мы видѣли выше (стр. 243), что при извѣстныхъ условіяхъ взысканіе допускается и до срока, постановленнаго въ договорѣ. Это допущеніе досрочнаго взысканія уравниваетъ юридическое дѣйствіе подобныхъ условій съ наступленіемъ срока. Поэтому, говоря о наступленіи срока, мы всегда будемъ подразумѣвать также наступленіе тѣхъ условій, которыя даютъ залогодержателю право на досрочное взысканіе.

банкротскаго устава 1800 г. ¹⁾, гдѣ запрещеніе передавать закладныя пояснено словами: „поелику заемщикъ ввѣрилъ закладъ свой заимодавцу“. На основаніи этихъ рѣшеній Сената, Кіевская Судебная Палата въ рѣшеніи 1909 г. Августа 25 (по 1-му Гражд. Деп.) нашла, что закладныя съ согласія залогодателя могутъ быть передаваемы даже по подписямъ. Большинство нашихъ цивилистовъ съ этими взглядами несогласно и полагаютъ, что, по смыслу дѣйствующаго закона, передача закладныхъ должна быть почитаема безусловно воспрещенной ²⁾.

Также неизвѣстно X тому право залогодержателя оспаривать обезцѣнивающіе имущество контракты. Неизвѣстно оно и Уставу Кредитному. Въ уставахъ Гос. Двор. Зем. Банка и Крест. Позем. Банка, правда, заключается постановленіе, что въ залоговой подпискѣ собственникъ обязывается не сдавать имущества въ долгосрочную аренду, не получать арендныхъ платежей болѣе, чѣмъ за одинъ годъ впередъ, не сносить строеній и не продавать на срубъ лѣса (ст. 68 перваго и 56 втораго); но послѣдствія какъ этихъ, такъ и другихъ обезцѣнивающихъ имѣніе дѣйствій залогодателя опредѣляются ст. 85—87 Уст. Двор. Банка только въ видѣ права Банка немедленно приступить ко взысканію ссуды и требовать отъ заемщика судебнымъ порядкомъ покрытія убытковъ, если таковые окажутся. Аналогичныя постановленія имѣются и въ уставахъ частныхъ земельныхъ банковъ; это право предоставлено имъ и закономъ, именно, Высочайше утвержденнымъ 22 окт. 1877 г. мнѣніемъ Государственнаго Совѣта, и даже независимо отъ того обстоятельства, произошло ли обезцѣненіе по винѣ собственника.

¹⁾ 1800 г. Дек. 19 (П. С. З. 19692).

²⁾ Ср. Шершеневичъ, Учебн. Русск. Гражд. Права, стр. 359—60; Бобриковъ, статья „По вопросу о передачѣ закладныхъ крѣпостей“ въ Ж. М. Ю. за 1898 годъ, № 6.

Однако, кассационная практика Правительствующаго Сената нашла возможнымъ допустить и у насъ вмѣшательство залогодержателя въ обезцѣнивающія имѣніе дѣйствія собственника. Въ рѣшеніяхъ 1870 г. № 484, 1871 г. № 1094 и мн. др. Сенатъ призналъ, что залогодержатель вправе требовать уничтоженія заключеннаго собственникомъ лѣсорубочнаго договора на томъ основаніи, что лѣсъ, какъ принадлежность имѣнія, входитъ въ составъ объекта залога. Въ цѣломъ рядѣ рѣшеній признано право залогодержателя оспаривать заключенные собственникомъ арендные контракты, если они обезцѣниваютъ заложенное имѣніе. Основаніемъ для такого разрѣшенія вопроса послужило общее правило 2-го п. 1529 ст. т. X. ч. I, по которому „договоръ недѣйствителенъ и обязательство ничтожно, если клонится къ подложному переукрѣпленію имѣнія во избѣжаніе платежа долговъ“. Право залогодержателя оспаривать контрактъ, независимо отъ вопроса о несостоятельности должника, Сенатъ въ рѣшеніи 1874 года № 253 (по д. Михайловой съ Брискорномъ) основываетъ на томъ, что интересъ залогодержателя неразрывно связанъ съ опредѣленнымъ имуществомъ, служащимъ для него единственнымъ источникомъ удовлетворенія. Какъ справедливо замѣтила Саратовская Судебная Палата и какъ подтвердилъ Сенатъ въ дѣлѣ Араповой и Печерина съ кн. Оболенской-Нелединской-Мелецкой и Общ. Взаим. Позем. Кредита (рѣш. Граажд. Касс. Деп. 1881 года № 166), самое право залогодержателя-банка реагировать на обезцѣненіе досрочнымъ взысканіемъ ссуды во многихъ случаяхъ потеряло бы реальное значеніе, если бы не сопровождалось правомъ устранить причину обезцѣненія, такъ какъ часто имущество оказалось бы обезцѣненнымъ настолько, что взысканіе ссуды стало бы фактически невозможнымъ. По всѣмъ этимъ соображеніямъ, Правительствующій Сенатъ призналъ—кажется, совершенно справедливо—право залогодержателя оспаривать не только тѣ аренд.

ные договоры, которые заключены послѣ получения должникомъ повѣстки объ исполненіи (ст. 1100 Уст. Гр. Суд.)¹⁾, но и тѣ, которыя заключены раньше, если они обезцѣниваютъ заложенное имущество. При этомъ, согласно рѣшеніямъ 1880 года № 200 и 1881 года № 166, залогодержатель можетъ предъявить свой искъ даже во время дѣйствія залогового права, не дожидаясь, пока торги обнаружатъ происшедшее обезцѣненіе. Однако, по мнѣнію Сената, „какъ въ огражденіе свободы собственниковъ распоряжаться своимъ имуществомъ..., такъ и для обезпеченія интересовъ залогодержателя на случай продажи заложенного ему имущества..., необходимо остановиться на признаніи за залогодержателями права... оспаривать договоры, заключенные собственниками заложенныхъ имѣній, только безъ права требовать немедленнаго уничтоженія сихъ договоровъ, а лишь съ ходатайствомъ признавать такіе договоры недѣйствительными на случай продажи имѣнія“ (рѣш. 1881 года № 166). Нужно замѣтить, что это рѣшеніе вполне соответствуетъ теоретическому понятію о залогѣ, какъ правѣ на мѣновую цѣнность заложенного объекта. Обладая правомъ не на производительную цѣнность имѣнія, а исключительно только на мѣновую, залогодержатель не долженъ препятствовать собственнику въ распоряженіи производительной цѣнности; но такъ какъ это распоряженіе вліяетъ и на мѣновую цѣнность, то онъ можетъ ходатайствовать о признаніи распоряженія недѣйствительнымъ на случай необходимости реализовать мѣновую цѣнность заложенного имѣнія.

Не трудно видѣть, что разобранными двумя случаями—отчужденіемъ или уничтоженіемъ частей и принадлежностей, т. е., другими словами, поврежденіемъ

¹⁾ Въ отношеніи ипотечныхъ банковъ, которые производятъ взысканіе въ безспорномъ порядкѣ, безъ повѣстки объ исполненіи, роль послѣдней, согласно рѣш. 1880 г. № 252, играетъ моментъ просрочки долга.

вещи, и непомѣрнымъ пониженіемъ платы за пользование — исчерпываются дѣйствія собственника, обезцѣнивающая заложенное имѣніе. И въ томъ, и въ другомъ случаѣ практика, основываясь на духѣ и смыслѣ закона, допустила право залогодержателя на вмѣшательство въ эти дѣйствія. Такимъ образомъ, нужно признать, что въ настоящее время этотъ принципъ принятъ и въ нашемъ правѣ, какъ въ западно-европейскомъ.

Само собою понятно, что такое право залогодержателя вооружаетъ его исками не только противъ собственника заложенного имущества, но и противъ третьихъ лицъ, контрагентовъ собственника по оснариваемой сдѣлкѣ. Это право съ одной стороны и право залогодержателя требованія взыскивать по оному долгу съ другой стороны представляютъ, кажется, единственные случаи, гдѣ залогодержатель по самому существу залоговаго права имѣетъ иски противъ третьихъ лицъ (за исключеніемъ исковъ, вытекающихъ изъ временнаго владѣнія); ко 2-й группѣ нужно отнести также право залогодержателя на истребованіе вознагражденія отъ виновника или страховщика при поврежденіи заложенного имущества, такъ какъ оно имѣетъ значительную аналогію съ правомъ на взысканіе по заложенному требованію¹⁾. Едва ли можно признать искомъ противъ третьяго лица требованіе объ удовлетвореніи, направленное противъ послѣдующаго пріобрѣтателя заложенной вещи: онъ является не третьимъ лицомъ, а прямымъ замѣстителемъ первоначальнаго собственника. Право залогодержателя тяготеетъ непосредственно на самой вещи. Если бы вещь обладала волей и способностью къ дѣйствію, она одна была бы обязаннымъ субъектомъ въ залоговой сдѣлкѣ. Такъ какъ она ихъ не имѣетъ, то этотъ недостатокъ долженъ восполнить ея владѣлецъ.

¹⁾ См. ниже, въ слѣд. главѣ.

Активный моментъ исполненія возлагается на него; пассивный моментъ подчиненія взысканію приурочивается къ самой вещи. До того времени, когда условно осуществляемое право залогодержателя на мѣновую цѣнность объекта реализуется дѣйствительно, соответственная часть мѣновой цѣнности принадлежитъ не первоначальному, а именно наличному собственнику. Поэтому, хотя бы его право возникло не производнымъ, а самостоятельнымъ путемъ (напримѣръ, через давность), въ отношеніи обязанностей по залогу онъ не можетъ считаться третьимъ лицомъ, а выступаетъ непосредственно въ роли обязаннаго субъекта.

Болѣе сложнымъ является вопросъ о взаимныхъ отношеніяхъ нѣсколькихъ залогодержателей. Руководящимъ принципомъ служитъ здѣсь 1215 ст. Уст. Гр. Суд., по которой „претензіи, обезпеченныя залогомъ, удовлетворяются по старшинству закладныхъ“. Эта статья, какъ и соответственныя постановленія частныхъ законовъ, доказываетъ съ несомнѣнностью, что наше законодательство понимаетъ залогъ, какъ право на мѣновую цѣнность, опредѣленную не только въ количествѣ, но и въ порядкѣ.

Чѣмъ же опредѣляется „старшинство“, или, какъ выражаются западно-европейскія законодательства, рангъ залоговыхъ правъ? Нашъ законъ не даетъ прямого отвѣта въ общей принципіальной формѣ; но такой отвѣтъ можно вывести изъ частныхъ постановленій. Относительно учрежденій поземельнаго кредита, подчиняющихся своимъ особымъ правиламъ, мы видѣли выше, что они разрѣшаютъ послѣдующіе залоговые права только подъ условіемъ сохраненія первыми по времени залогодержателями права на преимущественное взысканіе ¹⁾). Что же касается залога между частными лицами, не подчиненнаго правиламъ особыхъ уставовъ, то изъ цитированной выше 183 ст. Пол. о Нот. Части ²⁾), повиди-

¹⁾ См. выше, стр. 321.

²⁾ См. выше, стр. 324.

тому, слѣдуетъ заключить, что „старшинство“ опредѣляется временемъ совершенія залога, или точнѣе, временемъ внесенія его въ крѣпостной реестръ. Къ этому же моменту отнесъ возникновеніе старшинства и Правительствующій Сенатъ ¹⁾.

Однако, нашему закону извѣстны два случая, когда безусловный принципъ старшинства по времени нарушается. На западѣ, гдѣ ипотечное право развито сильнѣе, одинъ изъ нихъ формулированъ, какъ отмѣтка о предстоящемъ залогѣ, устанавливающая старшинство по времени своего совершенія, а не по времени совершенія самой закладной; другой — какъ уступка старшинства однимъ залогодержателемъ въ пользу другого. Первый случай мы находимъ при выдачѣ залогового свидѣтельства, по которому старшинство, какъ мы уже видѣли, опредѣляется не моментомъ совершенія залога, а моментомъ наложенія запрещенія о выдачѣ залогового свидѣтельства ²⁾. Уступка старшинства имѣетъ мѣсто по Уставу Государств. Двор. Зем. Банка и по уставамъ нѣкоторыхъ частныхъ земельныхъ банковъ при выдачѣ ссуды подъ залогъ уже заложеннаго имущества, если прежніе залогодержатели изъявляютъ согласіе предоставить банку преимущественное передъ собою удовлетвореніе (ст. 50 Уст. Двор. Зем. Банка, § 11 Уст. Кіев. Зем. Банка, и др.). На основаніи этихъ частныхъ законовъ и общаго правила ст. 1530 Зак. Гражд., по которой „оставляется на волю договаривающимся сторонамъ включать въ договоръ по обоюдному согласію и по ихъ усмотрѣнію всякія условія, законамъ не противныя“, нужно признать, что какъ отмѣтка о предстоящемъ залогѣ, такъ и уступка залогового старшинства могутъ быть совершены и между частными лицами по обоюдному согласію заинтересованныхъ сторонъ. Этимъ же положе-

¹⁾ Рѣш. 1893 г. № 36, 1907 г. № 90 и др.

²⁾ См. выше, стр. 302.

ніемъ рѣшается и вопросъ о допустимости по нашему праву равнаго ранга закладныхъ: разъ законъ не считаетъ старшинство по времени публично правовой нормой, не подлежащей отмѣнѣ ни въ какомъ случаѣ, а считаетъ его частнымъ правомочіемъ старшаго залогодержателя, то само собою понятно, что онъ можетъ предоставить залогодержателю младшему не только преимущественное передъ собою право на удовлетвореніе, но и равное со своимъ собственнымъ. На практикѣ вопросъ о равномъ рангѣ можетъ получить большое значеніе при раздѣлѣ наследственной залоговой претензіи путемъ замѣны ея рядомъ новыхъ закладныхъ, когда было-бы крайне затруднительно и несправедливо располагать вновь образовавшіяся залоговыя права въ послѣдовательномъ порядкѣ.

По общему принципу современнаго права, между правами различныхъ залогодержателей на удовлетвореніе изъ заложеннаго предмета не существуетъ никакихъ принципиальныхъ различій, а только различіе въ рангѣ. Относительно нашего права этотъ принципъ признанъ Правительствующимъ Сенатомъ, который говоритъ, что „во всѣхъ случаяхъ, когда въ законѣ говорится о залогодержателѣ, нужно понимать подъ этимъ обозначеніемъ какъ перваго, такъ и послѣдующихъ залогодержателей“¹⁾. Въ частности, каждый изъ залогодержателей вправе принять недвижимое имущество во временное владѣніе, но съ извѣстными обязанностями относительно другихъ залогодержателей²⁾. Въ нашей практикѣ, кажется, еще не возникало вопроса, какому залогодержателю принадлежитъ преимущество, если желаніе принять объектъ во временное владѣніе заявятъ двое или нѣсколько. Думается, что этотъ вопросъ пришлось бы разрѣшить *in caeteris paribus* въ пользу старшаго по рангу залогодержателя, потому

1) Рѣш. Гражд. Касс. Деп. 1881 г. № 38.

2) См. выше, стр. 337.

что временное владѣніе составляетъ въ нашемъ законодательствѣ одну изъ стадій процесса удовлетворенія по закладной, а старшій залогодержатель, въ случаѣ коллизіи при удовлетвореніи, пользуется преимуществомъ.

Проще разрѣшается вопросъ о владѣніи заложенной движимостью и документами о заложенныхъ правахъ. Законъ требуетъ передачи ихъ при самомъ совершеніи залога; поэтому, несомнѣнно, что они нормально должны находиться въ рукахъ перваго залогодержателя, хотя, конечно, отъ его доброй воли зависитъ оставить ихъ у себя или передать на храненіе другому лицу. Нѣкоторыя западныя законодательства постановляютъ, что одновременно съ извѣщеніемъ предыдущаго залогодержателя о послѣдующемъ закладѣ ему должно быть предложено послѣ своего удовлетворенія передать объектъ не должнику, а послѣдующему залогодержателю¹⁾; было бы вполне цѣлесообразно примѣнять этотъ порядокъ и у насъ.

Едва ли можетъ возбуждать какое либо сомнѣніе равное право всѣхъ залогодержателей на тѣ виды распоряженія заложеннымъ имуществомъ, которые допустимы во время дѣйствія залога. Передача даннымъ лицомъ своихъ залоговыхъ правъ не находится ни въ какомъ отношеніи къ рангу его закладной; ея допустимость или недопустимость совершенно не зависитъ отъ того, состоитъ ли данное лицо первымъ залогодержателемъ или однимъ изъ послѣдующихъ. То же самое нужно сказать о правѣ залогодержателя вмѣшиваться въ обезцѣнивающія имѣніе распоряженія собственника. Это право, установленное для охраны интересовъ залогодержателя въ виду ихъ неразрывной связи съ вещью, естественно, должно принадлежать одинаково всѣмъ залогодержателямъ, ибо для всѣхъ одинаково существуетъ связь интересовъ съ заложенной вещью.

¹⁾ См. выше, стр. 328.

Въ законѣ нашемъ совершенно отсутствуетъ общее постановленіе о томъ, какъ вліяетъ погашеніе одной изъ закладныхъ на залоговыя права остальныхъ кредиторовъ. Правительствующій Сенатъ, исходя изъ общихъ разсужденій о силѣ запрещенія, нашелъ, что новый залогъ, совершенный хотя бы вмѣсто уже существовавшего, тѣмъ не менѣе, долженъ слѣдовать по рангу за всѣми тѣми, за которыми онъ слѣдуетъ по времени; другими словами, погашеніе одного изъ залоговъ подвигаетъ впередъ рангъ всѣхъ послѣдующихъ (рѣш. Гражд. Кас. Деп. 1877 г. № 253). Однако, въ другомъ рѣшеніи самъ Сенатъ высказываетъ, что запрещеніе представляетъ исключительно охрану интересовъ частнаго лица (1871 г. № 931). Отсюда логически слѣдовало бы сдѣлать выводъ, что въ тѣхъ случаяхъ, когда лицо при самомъ совершеніи залога выразило согласіе на существованіе до него преимущественныхъ правъ другихъ лицъ на такую то сумму, запрещеніе, наложенное по такому залогоу, охраняетъ его приоритетъ лишь за предѣлами этой суммы. Къ такому выводу о сохраненіи всѣми послѣдующими закладными своего ранга, несмотря на погашеніе предшествующей, приводитъ и теоретическое понятіе о залогѣ, какъ правѣ на мѣновую цѣнность, опредѣленную въ порядкѣ. Въ дѣйствующемъ законѣ существуетъ два частныхъ постановленія, сильно подтверждающихъ подобный взглядъ. По ст. 52 Уст. Двор. Зем. Банка, ссуды, выдаваемыя взаимнѣ ссудъ изъ частныхъ банковъ, если онѣ не превышаютъ ихъ по размѣрамъ и по продолжительности срока, пользуются тѣмъ же старшинствомъ, что и погашаемая ссуда частнаго банка. Между тѣмъ, не только сдѣлка представляетъ новый залогъ, совершаемый должникомъ, а не передачу правъ по предыдущему залогоу, совершаемую прежнимъ залогодержателемъ, но даже запрещеніе частнаго банка снимается и замѣняется совершенно новымъ въ пользу Двор. Банка. Слѣдовательно, постановленіе закона, по которому это

новое запрещеніе „пользуется всѣми преимуществами снимаемаго съ имѣнія запрещенія частнаго кредитнаго установленія“, указываетъ съ несомнѣнностью, что съ погашеніемъ ссуды частнаго банка къ Дворянскому Банку, какъ новому залогодержателю, переходитъ рангъ погашенной ссуды, несмотря на лежащія на имѣніи запрещенія по послѣдующимъ залогамъ. Еще интереснѣе другая норма, именно ст. 72 разд. X Уст. Кред. (о кредитныхъ установленіяхъ частныхъ и общественныхъ). По этой статьѣ „въ случаѣ поступления просроченнаго имущества, по безуспѣшности или неудовлетворительности торговъ, въ собственность земельныхъ банковъ или кредитныхъ обществъ, запрещенія по выданной подъ то имущество ссудѣ переводятся на имя подлежащаго кредитнаго учрежденія и остаются на немъ впредь до продажи сего имущества“. Эта интересная, хотя, къ сожалѣнію, одинокая норма позволяетъ думать, что нашему законодательству извѣстно не только сохраненіе ранга, но даже столь дифференцированный институтъ, какъ ипотека собственника. Разъ извѣстное лицо приобрѣло право на мѣновую цѣнность, опредѣленную въ порядкѣ, находящуюся въ общей цѣнности имущества на опредѣленномъ мѣстѣ, то нѣтъ основанія предоставить ему случайно освободившееся старшее мѣсто. Во всякомъ случаѣ, эти частныя постановленія нашего закона могли бы служить опорнымъ пунктомъ для практики, если бы она нашла возможнымъ пойти на встрѣчу запросамъ жизни и примѣнить къ нашему залогу тотъ принципъ, который принятъ въ этомъ вопросѣ всѣми западно-европейскими законодательствами.

Кромѣ правъ залогодержателя и залогодателя, на заложенное имущество могутъ существовать еще самостоятельныя *права третьихъ лицъ*. Они представляютъ для насъ интересъ постольку, поскольку вступаютъ въ коллизію съ правами одной изъ сторонъ. Будучи уста-

новляемы залогодателемъ, какъ собственникомъ имѣнія, они, понятно, могутъ оказаться въ коллизіи не съ правами своего аuctor'a, а только съ правами залогодержателя. Изъ такихъ правъ третьихъ лицъ важнѣйшими являются: а) права пользователей и б) права приобретателей и залогодержателей отдѣльной части уже заложенаго имѣнія.

Между правами пользованія нужно различать сервитутныя и арендныя права. При установленіи сервитута пользованіе предоставляется или безмездно, или за опредѣленную одновременную уплату; наоборотъ, при арендѣ плата за пользованіе въ принципѣ является періодической, хотя на практикѣ, конечно, возможно одновременное полученіе ея впередъ. Отсюда различіе между отношеніями правъ арендатора и лица, управомоченнаго по сервитуту, къ правамъ залогодержателя. При сервитутѣ право даннаго лица тяготеетъ на имущество безъ постояннаго эквивалента; поэтому, сервитутъ, если онъ установленъ позже залога, нарушаетъ права залогодержателя и въ случаѣ публичной продажи долженъ быть признанъ не имѣющимъ силы ни для залогодержателя, ни для покупателя съ торговъ. Наоборотъ, аренда въ принципѣ предоставляетъ эквивалентъ періодически во все время существованія; поэтому, нельзя не согласиться съ Правительствующимъ Сенатомъ, полагающимъ, что какъ при добровольной, такъ и при понудительной продажѣ имѣнія права арендатора остаются неприкосновенными, и только эквивалентъ долженъ вноситься новому собственнику (если, впрочемъ, аренда по своимъ условіямъ не обезцѣниваетъ имущества)¹⁾. Повидимому, въ связи съ такимъ возрѣніемъ практики на арендное право находится постановленіе Юридическаго Отдѣла при V-омъ Съѣздѣ представителей учрежденій русскаго земельного кредита, коимъ предлагается еще до введенія въ дѣйствіе Гражданскаго Уложенія причислить арендное право къ

¹⁾ Рѣш. 1868 г. № 771, 1869 г. № 663, 882, 1870 г. № 822, 1794 1873 г. № 1224, 1874 г. № 272 и мн. др.

вещнымъ ¹⁾. Что же касается возможности для прежняго собственника получить впередъ значительные платежи, то западныя законодательства дозволяютъ арендатору заложенного имѣнія платить впередъ лишь за небольшой промежутокъ времени (по германскому праву за 3—6 мѣсяцевъ) ²⁾. У насъ аналогичныя нормы имѣются въ уставахъ земельныхъ банковъ, которые въ залоговой подпискѣ обязываютъ собственника получать платежи впередъ не болѣе, чѣмъ за годъ ³⁾. Въ общей формѣ это начало выражено въ 1703 ст. Зак. Гражд., по которой договоры, уславливающіе получение арендной платы болѣе, чѣмъ за годъ впередъ, недѣйствительны, если не совершены крѣпостнымъ порядкомъ, съ наложеніемъ запрещенія на имѣніе. Согласно рѣш. Сената 1875 г. № 467 и 1879 г. № 353, подобный платежъ, произведенный безъ условія въ договорѣ и соблюденія 1703 ст., необязателенъ для пріобрѣтателя имѣнія.

Мы видѣли выше, что части и принадлежности заложенного имущества могутъ быть отчуждаемы только съ согласія залогодержателя, а самостоятельному залогоу безъ отдѣленія вовсе не подлежатъ ⁴⁾. Логическимъ выводомъ изъ этого положенія является то, что пріобрѣтатели правъ по такимъ сдѣлкамъ, хотя бы они дѣйствовали добросовѣстно, могутъ осуществлять свои права только противъ своего аuctor'a, но не противъ залогодержателя. Если проданная или заложенная принадлежность впоследствии была отдѣлена съ согласія залогодержателя, имѣвшаго залоговое право на цѣлое, или по хозяйственной необходимости, то съ этого момента право третьихъ пріобрѣтателей и залогодержателей, кажется, нужно считать вошедшимъ въ силу;

¹⁾ Сборникъ Матеріаловъ и Постановленій V-го съѣзда представителей учреждений русскаго земельного кредита, стр. 211.

²⁾ Герм. Гражд. Улож., § 1123.

³⁾ См. выше, стр. 339.

⁴⁾ См. выше, стр. 329—331.

если же отдѣленіе произошло въ нарушение правъ залогодержателя, располагающаго залоговымъ правомъ на всю вещь въ цѣломъ, то оно едва ли можетъ создать какія либо новыя права, пользующіяся преимуществомъ передъ нарушенными¹⁾. Конечно, если признать въ нашемъ отечественномъ правѣ принципъ публичности, то изъ этого строгаго правила придется допустить нѣкоторыя изъятія. Такъ, напримѣръ, залогъ, еще не оглашенный внесеніемъ въ крѣпостной реестръ и наложеніемъ запрещенія, не можетъ въ этомъ случаѣ почитаться основаніемъ для признанія ничтожными правъ добросовѣстныхъ третьихъ лицъ. Но изъятія такого рода не противорѣчаютъ общему правилу. Залогъ еще не оглашенный разсматривается при системѣ публичности, какъ несуществующій и, во всякомъ случаѣ, для третьихъ лицъ необязательный. Дѣйствительность заключенныхъ ими договоровъ съ собственникомъ имѣнія проистекаетъ не оттого, чтобы эти договоры имѣли преимущество передъ залоговымъ правомъ, а оттого, что договоры заключены при отсутствіи залогового права.

Но если принципъ публичности можетъ, такимъ образомъ, иногда защищать права третьихъ лицъ противъ залогодержателей, то чаще онъ долженъ имѣть обратное примѣненіе—для защиты залогодержателя отъ притязаній третьихъ лицъ. Въ судебной практикѣ часто возникаютъ споры между залогодержателемъ и третьими лицами по поводу договоровъ, заключенныхъ до залога имѣнія. Особенно много такихъ споровъ бываетъ по договорамъ лѣсорубочнымъ. Могутъ-ли третьи лица въ этихъ случаяхъ требовать признанія ихъ правъ по договору на томъ основаніи, что онъ заключенъ до залога? Вопросъ этотъ неоднократно восходилъ на разрѣшеніе Сената²⁾. Сенатъ рѣшилъ его отрицательно,

¹⁾ Ср. рѣш. Гражд. Деп. 1887 г. № 103 и др.

²⁾ См., напр., то-же рѣш. 1887 г. № 109.

исходя, главнымъ образомъ, изъ того соображенія, что право на рубку лѣса до (фактическаго отдѣленія послѣдняго отъ земли не перестаетъ быть правомъ обязательственнымъ и, какъ таковое, должно уступить вещному праву залогодержателя. Если опираться на принципъ публичности, то мы придемъ къ тому-же выводу, потому что интересы залогодержателя, не знавшаго о существованіи лѣсорубочнаго договора, не могутъ защищаться правомъ. Покупатель лѣса на срубъ, или, вообще, покупатель какой-либо еще неотдѣленной принадлежности имѣнія, конечно, можетъ оградить свои права запрещеніемъ; но если онъ этого не сдѣлалъ, то его право должно во всякомъ случаѣ уступить праву залогодержателя.

Но помимо отношеній къ заложенному имуществу, третьи лица, именно, кредиторы залогодержателя, могутъ быть заинтересованы въ самомъ залоговомъ правѣ. Западно-европейскія законодательства содержатъ сложныя постановленія о порядкѣ и послѣдствіяхъ обращенія взысканія на залоговое требованіе. Это взысканіе можетъ выразиться либо въ наложеніи на требованіе и обезпечивающее его залоговое право судебного залога, либо въ разрѣшеніи взыскателю, вступить по залогѣ въ права его должника, либо, наконецъ, въ разрѣшеніи ему присвоить обезпеченное залогомъ требованіе въ зачетъ своей претензіи ¹⁾).

Въ нашемъ законѣ спеціальныхъ постановленій объ обращеніи взысканія на закладныя не имѣется. Однако, изъ этого не слѣдуетъ, чтобы такой путь взысканія былъ невозможенъ. Ст. 402 Зак. Гражд. причисляетъ закладныя къ имуществамъ движимымъ; по ст. 568 закладныя приравнены къ обязательствамъ; наконецъ, пост. 1649 и 1676 право залогодержателя въ своей основѣ сводится къ полученію опредѣленной суммы, и, слѣдовательно, становится логически вполне воз-

¹⁾ См., напр., для Германіи Civilprozessordnung, §§ 804 835—836 и. а.

возможнымъ обращеніе взысканія на эту сумму, слѣдующую отъ залогодателя. Руководствомъ при такомъ взысканіи должно, повидимому, служить общее правило 1078 ст. Уст. Гражд. Суд., говорящей о порядкѣ „наложенія взысканія на капиталы или движимое имущество должника, находящееся у третьяго лица, или на слѣдующія отъ сею послѣднюю должнику суммы“.

Единственною нормой, способной возбудить сомнѣніе по этому вопросу, является, кажется, запрещеніе передачи закладныхъ, выраженное въ 1653 и 1678 ст. Зак. Гражд. Дѣло въ томъ, что по ст. 632 Уст. Гражд. Суд. арестованныя суммы не могутъ быть выдаваемы отвѣтчику, а по ст. 636 и 1-му п. 1078 какъ уплата капитальной суммы, такъ и очередные платежи процентовъ должны производиться тому судебному мѣсту, которымъ наложенъ арестъ. Очевидно, эти постановленія теряютъ на практикѣ все свое значеніе, если не признать права заинтересованнаго лица, т. е. взыскателя, по ходатайству котораго арестъ наложенъ, требовать отъ должника уплаты, когда онъ ее задерживаетъ: потеряютъ значеніе потому, что откроется широкое поле для всевозможныхъ соглашеній между отвѣтчикомъ и должникомъ по арестованному обязательству о непредъявленіи иска. Между тѣмъ, признавая право требовать уплаты по арестованной закладной за взыскателемъ, судъ тѣмъ самымъ передалъ бы ему главное изъ активныхъ правомочій по закладной крѣпости¹⁾. Возникаетъ вопросъ: можно-ли произвести такую передачу безъ согласія залогодателя, вопреки 1653 и 1678 ст. X т.?

По этому вопросу нужно замѣтить прежде всего, что запретъ, касающійся добровольной передачи правъ, не можетъ предрѣшать недопустимость принудительной передачи. Законъ далеко не всегда распростра-

¹⁾ Согласно рѣш. Гражд. Дѣл. 1880 г. № 92, даже присутственное мѣсто, принимающее уплату по арестованному обязательству, вступаетъ этимъ въ права кредитора.

нять на принудительные акты, совершаемые судебной властью, правила, относящіяся къ добровольнымъ сдѣлкамъ. Мы уже видѣли выше одинъ примѣръ, подтверждающій это положеніе. 1388 ст. Зак. Гражд. запрещаетъ продажу имущества, состоящаго подъ запрещеніемъ; 1184 и 1185 ст. Уст. Гражд. Суд. не только дозволяютъ продажу такого имущества съ торговъ по обращенному на него взысканію, но даже нормируютъ переводъ запрещенія на пріобрѣтателя совершенно независимо отъ согласія заинтересованнаго лица. Такое рѣшеніе вопроса, бесспорно, является правильнымъ и справедливымъ. Право не можетъ ради защиты интересовъ одного лица поражать интересы другого—особенно, интересы болѣе существенные, нежели защищаемый. Было-бы крайне несправедливо лишать кредиторовъ удовлетворенія только на томъ основаніи, что залогодержатель, наложившій на имущество запрещеніе, предпочитаетъ имѣть дѣло съ даннымъ собственникомъ, а не съ другимъ. И законодатель на эту несправедливость не рѣшается.

Но оставимъ кредиторовъ собственника и перейдемъ къ кредиторамъ залогодержателя. Положеніе оказывается точно такимъ-же. Какъ въ первомъ случаѣ залогодержатель, такъ во второмъ залогодатель можетъ быть заинтересованъ въ томъ, чтобы его контрагентомъ оставалось данное лицо; какъ въ первомъ случаѣ наше право запрещаетъ добровольную продажу имущества безъ согласія залогодержателя, такъ во второмъ оно запрещаетъ добровольную передачу залогового права безъ согласія залогодателя; какъ въ первомъ, такъ и во второмъ случаѣ распространеніе запрета на принудительные акты отняло-бы у кредиторовъ одной изъ сторонъ объектъ удовлетворенія. Въ первомъ случаѣ законъ точно оговариваетъ, что запретъ на принудительные акты не распространяется; отсюда естественно сдѣлать тотъ-же выводъ и для второго. И дѣйствительно, хотя законъ нигдѣ не говоритъ *explicite* о при-

нудительной передачѣ правомочіи по залогу кредиторамъ залогодержателя, но *implicite* она несомнѣнно предполагается въ ст. 466 Уст. Суд. Торг. По этой статьѣ, движимое и недвижимое имущество, находившееся у несостоятельнаго въ залогѣ, возвращается изъ конкурса его хозяину по выкупѣ; отсюда, повидимому, слѣдуетъ, что до выкупа залоговое право переходитъ къ конкурсу. Такимъ образомъ, въ принципѣ исключенія изъ правила о непередачѣ закладныхъ при передачѣ понудительной допускаются.

Какъ извѣстно, Уставъ о банкротяхъ 1800 г. ¹⁾ мотивировалъ запрещеніе передавать закладныя словами: „поелику заемщикъ ввѣрилъ закладъ свой заимодавцу“. Посмотримъ, будутъ-ли нарушены интересы должника, зависящіе отъ личныхъ отношеній между нимъ и залогодержателемъ, при обращеніи взысканія на закладную крѣпость.

Мы видѣли выше, что права залогодержателя (за исключеніемъ права передачи закладной) сводятся къ двумъ пунктамъ: а) къ праву взысканія капитальной суммы и процентовъ по наступленіи соотвѣтственныхъ сроковъ, и б) къ праву вмѣшательства въ дѣйствія собственника, обезцѣнивающія имѣніе. Въ обоихъ случаяхъ личность залогодержателя можетъ играть для собственника извѣстную роль, съ одной стороны, какъ гарантія противъ злоупотребленій, а съ другой стороны, въ виду надежды на послабленія со стороны даннаго лица. Что касается злоупотребленій, то въ современномъ нашемъ правѣ взысканіе по закладной крѣпости производится не безпорнымъ, а судебнымъ порядкомъ, и, слѣдовательно, этотъ вопросъ нельзя считать особенно острымъ. Тѣмъ болѣе при арестѣ закладной, когда арестовавшій кредиторъ не можетъ самъ не только предпринять какихъ-либо активныхъ дѣйствій, но даже принять уплаты, а долженъ по каж-

¹⁾ 1800 г. Дек. 19 (П. С. З. 19692).

дому поводу обращаться къ суду, интересъ залогодателя въ этомъ отношеніи можно считать вполне обеспеченнымъ.

Но, отдавая имущество въ залогъ известному лицу, залогодатель иногда можетъ разсчитывать, что его контрагентъ не используетъ всей той полноты правъ, которую ему предоставляетъ законъ: будетъ соглашаться на отсрочки уплаты, позволить ему рубить въ имѣннй лѣсъ, и т. д. Нарушаются-ли въ этомъ случаѣ законные интересы залогодателя обращеніемъ взыскаія на закладную крѣпость? Думается, что нѣтъ. Интересы, вытекающіе изъ надежды, что данное лицо позволитъ нарушить присвоенныя ему закономъ права, едва-ли могутъ вообще подлежать юридической защитѣ. Еслибы даже на закладную не было обращено взыскаія, залогодержатель, не удовлетворяющій своихъ кредиторовъ и наряду съ этимъ отсрочивающій долгъ залогодателю или дозволяющій обезцѣненіе заложенаго ему имѣнія, едва-ли оставался-бы въ предѣлахъ своего права. Позволительно думать, что такія его дѣйствія, клоняющіяся къ ущербу кредиторовъ, могли-бы быть послѣдними оспорены. Мы видѣли выше, что въ принципѣ право снабжаетъ каждый интересъ абсолютной защитой противъ всѣхъ лицъ, непосредственно стана-влящихся къ нему въ противорѣчіе ¹⁾. Исходя изъ этого принципа, быть можетъ, было-бы возможно признать за кредиторами залогодержателя даже право непосредственно обращаться къ залогодателю съ исками объ исполненіи его обязательства. Въ этомъ случаѣ судъ, какъ и при спорѣ противъ договора по 2-му п. 1529 ст., долженъ былъ-бы только удостовѣриться, дѣйствительно-ли интересы кредиторовъ зависятъ отъ удовлетворенія ихъ должника по принадлежащей ему закладной. Но если даже въ условіяхъ современнаго права оказалось-бы затруднительнымъ признать за

¹⁾ См. выше, стр. 187—9 и 213—4.

личными кредиторами залогодержателя подобное полномочіе, то, во всякомъ случаѣ, право не должно лишать ихъ возможности обезпечить себя путемъ обращенія взысканія на закладную.

Думается, что въ примѣненіи къ этому случаю правило 1078 ст. Уст. Гражд. Суд. слѣдовало-бы дополнить. При арестѣ закладной крѣпости недостаточно извѣстить объ этомъ залогодателя, потому что въ случаѣ стачки между нимъ и залогодержателемъ залоговое право можетъ быть уничтожено, запрещеніе можетъ быть снято, имѣніе продано или вновь заложено третьему лицу, и пострадавшимъ кредиторамъ останется часто ничего не стоящее право личнаго иска къ залогодателю (ст. 634 Уст. Гражд. Суд.). Поэтому, едва-ли не правильно было-бы въ подобныхъ случаяхъ извѣщать также подлежащаго старшаго нотаріуса, объявивъ его не снимать запрещенія и не уничтожать отмѣтки о залогѣ по заявленію залогодержателя, а требовать такого заявленія отъ судебного мѣста, которому должна быть произведена уплата. Основаніе для такого разрѣшенія вопроса можно, кажется, найти въ 1650 ст. Зак. Гражд. Статья эта постановляетъ о снятіи запрещенія и уничтоженіи отмѣтки „по совершеніи платежа“. Такъ какъ по 2-му п. 1078 ст. Уст. Гражд. Суд. платежъ долженъ быть произведенъ суду, то соотвѣтствовало-бы какъ смыслу закона, такъ и интересамъ участвующихъ въ дѣлѣ лицъ признавать уплату, произведенную по арестованной закладной самому залогодержателю, недѣйствительной и не освобождающей имѣніе отъ залога. Рѣшеніе это имѣло бы еще одно важное преимущество: оно значительно уменьшило-бы техническія трудности обращенія взысканія на принадлежащее отвѣтчику залоговое требованіе. Тогда не нужно было-бы разыскивать документъ (что не всегда возможно), а взысканіе могло-бы быть обращено на закладную путемъ простаго извѣщенія залогодателя и старшаго нотаріуса.

ГЛАВА СЕДЬМАЯ.

Прекращеніе залогового права

(по дѣйствующему русскому праву).

Способы прекращенія залогового права. Исполненіе обеспеченнаго обязательства. Моментъ прекращенія при снятіи залогового обремененія. Прекращеніе путемъ взысканія. Поводы для взысканія. Порядокъ взысканія. Предѣлы взысканія (ограниченная отвѣтственность залогодателя). Поручительство при залогѣ. Прекращеніе залога путемъ уничтоженія заложеннаго объекта. „Превращенія“ залогового права. Сохраненіе силы залогового права при публичной продажѣ имѣнія по требованію посторонняго взыскателя.

Въ своей извѣстной книгѣ „Die Lehre vom Subripinus“ Зомъ указываетъ, что при установленіи однихъ правъ цѣлью сторонъ является ихъ безсрочное существованіе, при установленіи другихъ—прекращеніе ихъ въ извѣстный моментъ ¹⁾. Залоговое право Зомъ относитъ къ послѣдней группѣ; и это совершенно справедливо. Даже въ тѣхъ случаяхъ, когда залогомъ обеспечивается не единовременная уплата, а безсрочные периодическіе платежи (Rentenschuld), послѣдніе составляютъ только то условіе, при неисполненіи котораго залоговое право вступаетъ въ активное состояніе, но взысканіе залогодержателя всетаки направляется

¹⁾ Sohm, l. c., S. 9—10.

не на періодическіе платежи, а на количественно опредѣленную мѣнливую цѣнность. Такимъ образомъ, періодическіе платежи составляютъ только содержаніе обезпечиваемаго обязательства, но самое залоговое право выступаетъ на сцену лишь тогда, когда отношеніе уже стремится къ прекращенію. Нашему дѣйствующему закону безсрочныя залоговыя отношенія въ обезпеченіе періодическихъ платежей, повидимому, неизвѣстны. У насъ залогъ еще болѣе опредѣленно имѣетъ свою цѣлью не безсрочное существованіе, а срочное прекращеніе.

Нормальнымъ способомъ прекращенія залогового права нужно считать, конечно, „исполненіе по закладной“, т. е. исполненіе залогодателемъ того договора, въ обезпеченіе котораго залогъ установленъ. По ст. 1649 и 1676 Зак. Гражд. „исполненіе по закладной (или по обязательству, обезпеченному закладомъ движимаго имущества), производится платежемъ отъ должника заимодавцу всѣхъ должныхъ по закладной денегъ въ срокъ, оною постановленный“. Легко замѣтить неполноту въ редакціи этихъ статей: онѣ относятся только къ залогу или закладу, обезпечивающему договоръ срочнаго займа, и совершенно не обнимаютъ ни *Cauti- onshypothek*, ни неусточнаго залога. Какъ въ томъ, такъ и въ другомъ случаѣ, способъ исполненія обезпечиваемаго договора опредѣляется всецѣло его индивидуальными условіями. При этомъ нужно замѣтить, что иногда залогъ устанавливается въ обезпеченіе не положительнаго, а отрицательнаго условія, несовершенія извѣстныхъ дѣйствій. Таковы, напримѣръ, залогъ нотаріусовъ, залогъ судебныхъ приставовъ, залогъ въ уголовномъ судѣ, кассационный залогъ. Вслѣдствіе отрицательнаго характера обезпечиваемаго условія, здѣсь залогъ прекращается только по минованіи возможности для залогодателя или для того лица, за которое залогъ представленъ, совершить извѣстныя дѣй-

ствія (оставленіе должности нотаріуса, оправданіе обвиняемаго по суду).

Къ сожалѣнію, въ нашемъ законодательствѣ совершенно отсутствуютъ постановленія, опредѣляющія, съ какого момента прекращается залоговое право: съ момента-ли прекращенія обезпеченнаго залогомъ требованія, или-же прекращеніе послѣдняго есть только условіе для уничтоженія залогового права, а происходитъ оно лишь въ моментъ уничтоженія отмѣтки о залогѣ. По ст. 1650 Зак. Гражд., „по совершеніи платежа закладная представляется Старшему Нотаріусу, ее утвердившему, для уничтоженія отмѣтки о залогѣ“; но въ законѣ совершенно не опредѣляется, какое вліяніе оказываетъ этотъ моментъ на правоотношенія сторонъ.

Однако, заключеніе по интересующему насъ вопросу можно вывести косвенно изъ того, съ какого момента освобождается рангъ погашенной закладной. Мы видѣли ¹⁾, что въ единственномъ случаѣ, гдѣ законъ говоритъ ясно и точно о занятіи новымъ залогодержателемъ освободившагося ранга, въ ст. 52 Уст. Гос. Двор. Зем. Банка, процессъ этотъ изображается въ слѣдующемъ видѣ: послѣ погашенія ссуды частнаго банка Старшій Нотаріусъ уничтожаетъ прежнюю отмѣтку о залогѣ, снимаетъ прежнее запрещеніе, и лишь послѣ этого онъ вноситъ новую отмѣтку о залогѣ и налагаетъ новое запрещеніе въ пользу Двор. Банка. Едва ли можно думать, чтобы какъ въ этомъ, такъ и въ другихъ случаяхъ Старшій Нотаріусъ могъ внести отмѣтку о новомъ залогѣ съ рангомъ предшествовавшаго раньше, нежели будетъ уничтожена отмѣтка и снято запрещеніе по этому предшествовавшему залогу; а такъ какъ залоговое право, какъ мы видѣли выше ²⁾, возникаетъ въ моментъ утвержденія закладной и внесенія отмѣтки о залогѣ въ крѣпостной реестръ, то отсюда

¹⁾ См. выше, стр. 347—8.

²⁾ Стр. 301.

слѣдуетъ, что рангъ погашенной закладной освобождается только въ моментъ уничтоженія отмѣтки о залогѣ. Этому не противорѣчатъ статьи 620—621 Зак. о Суд. Пражд. и 1098 Уст. Гражд. Суд. потому что онѣ, разрешая въ нѣкоторыхъ случаяхъ залогодателю перезаложить имѣніе съ тѣмъ же рангомъ подъ условіемъ внести при самомъ совершеніи новой закладной деньги на погашеніе прежней, совершенно не опредѣляютъ ни момента прекращенія перваго залогового права, ни момента возникновенія второго. По общему юридическому принципу, право должно прекращаться при нормальныхъ условіяхъ тѣмъ же порядкомъ, какимъ оно возникаетъ. Если придерживаться этого принципа въ данномъ вопросѣ, то, по аналогіи возникновенія залогового права съ утвержденіемъ закладной и внесеніемъ отмѣтки въ крѣпостной реестръ, нужно будетъ признать, что у насъ, какъ и на Западѣ, оно прекращается съ уничтоженіемъ отмѣтки.

Такимъ образомъ, „платежъ отъ должника займодавцу всѣхъ должныхъ по закладной денегъ въ срокъ, оною постановленный“, представляетъ не прямое прекращеніе залогового права, а только условіе его прекращенія. Но наше законодательство допускаетъ въ извѣстныхъ случаяхъ уплату со стороны должника и до срока, въ видѣ односторонняго отказа отъ сдѣлки. Именно, по статьямъ 1649, 1676, 2023 и 2021 т. X ч I, должникъ имѣетъ право, если условленный ростъ превышаетъ 6%, „во всякое время спустя 6 мѣсяцевъ по заключеніи займа возвратить занятый капиталъ, съ тѣмъ, однако, чтобы займодавецъ былъ письменно предупрежденъ объ этомъ не менѣе, какъ за три мѣсяца“. Само собою понятно, что и въ этомъ случаѣ, какъ въ предыдущемъ, залоговое право прекращается только съ уничтоженіемъ отмѣтки о немъ въ крѣпостномъ реестрѣ.

Уплата должникомъ въ срокъ или до срока вызываетъ, такъ сказать, естественное прекращеніе залого-

гового права, безъ реализаціи тѣхъ правомочій, которыя въ немъ условно заключаются. Реализація этихъ правомочій, наиболѣе интенсивное дѣйствіе залога, когда право залогодержателя осуществляется путемъ превращенія всего объекта въ денежные единицы и немедленнаго удовлетворенія изъ этихъ единицъ, наступаетъ при неисполненіи обеспеченнаго договора, а также при нѣкоторыхъ другихъ обстоятельствахъ, которыя будутъ упомянуты ниже. Въ этихъ случаяхъ залоговое право разрѣшается взысканіемъ и, разумѣется, также прекращается.

Право на взысканіе по самому существу залога принадлежит залогодателю не постоянно, а возникаетъ лишь при извѣстныхъ условіяхъ. Самымъ важнымъ и теоретически, и практически, является неудовлетвореніе кредитора по тому требованію, въ обеспеченіе коего залогъ установленъ. При срочномъ займѣ оно выражается въ неуплатѣ на срокъ капитальной суммы съ наросшими процентами: при залогѣ, обеспечивающемъ другой договоръ—въ неисполненіи обеспеченнаго договора, вводящемъ контрагента въ тѣ или иные убытки; при залогѣ, обеспечивающемъ отрицательное условіе—въ совершеніи того дѣйствія, несовершеніе коего было обеспечено (при чемъ совершеніе дѣйствія создается для заинтересованныхъ лицъ либо право на удовлетвореніе, напримѣръ, въ отношеніи залога нотаріусовъ, либо право на присвоеніе залога, напримѣръ, въ отношеніи залога кассационнаго).

Повидимому, при залогѣ, обеспечивающемъ заемъ, право на взысканіе наступаетъ также вслѣдствіе неуплаты процентовъ, если таковыя уговорены въ заемной сдѣлкѣ. Ни X т., ни Уст. Гражд. Судопр. ничего не говорятъ о правѣ залогодержателя произвести немедленно взысканіе всей должной суммы при неуплатѣ на срокъ процентовъ; однако, такое право, кажется, все-таки нужно признать за залогодержателемъ. По ст. 626 Зак. о Суд. Гражд., составляющей, какъ неодно-

кратно разъяснять Правительствующій Сенатъ¹⁾, норму матеріальнаго права, „удовлетвореніе по закладной всею должною суммою *съ процентами* производится всегда изъ заложеннаго имущества“. Слѣдовательно, если бы даже кредиторъ имѣлъ только отдѣльный искъ о процентахъ, онъ долженъ обратитъ взысканіе на заложенное имущество. Между тѣмъ, проценты по нашему праву пользуются равнымъ рангомъ съ самимъ капитальнымъ требованіемъ по закладной²⁾. Какъ бы мы ни рѣшали вопросъ объ участи закладныхъ, предшествующихъ по рангу закладной взыскателя, залоговыя требованія младшаго и равнаго ранга, какъ мы увидимъ дальше, и по нашему праву, и по западно-европейскому, должны быть погашены при продажѣ имущества съ торговъ³⁾. Отсюда вытекаетъ, что при неплатѣ процентовъ залогодержатель имѣетъ право путемъ продажи заложеннаго имѣнія съ публичныхъ торговъ взыскать какъ ихъ, такъ и пользующуюся равнымъ съ ними рангомъ капитальную сумму долга. Исключенія изъ этого правила постановлены въ уставахъ правительственныхъ и частныхъ земельныхъ банковъ, а также кредитныхъ обществъ: эти учрежденія при продажѣ съ торговъ за невзносъ срочныхъ платежей переводятъ капитальный долгъ на покупателя, требуя немедленнаго внесенія только просроченныхъ платежей⁴⁾. Такое исключеніе объясняется, по всей вѣроятности, принятой банками амортизаціонной системой погашенія долга, вслѣдствіе которой вносимые покупщикомъ просроченные платежи заключаютъ не только проценты, но и часть капитальной суммы.

Цѣлый рядъ частныхъ постановленій нашего закона допускаетъ частичное или полное взысканіе по

¹⁾ См. выше, стр. 238—9.

²⁾ Относительно западнаго права ср. выше, стр. 234.

³⁾ См. ниже, стр. 385—6.

⁴⁾ См., напр., Уст. Двор. Б., ст. 24 прил. къ ст. 78.

залоговому требованію также при обезцѣненіи заложенного имущества. Относительно залога недвижимостей такое право предоставлено земельнымъ банкамъ Высочайше утвержденнымъ 22 Окт. 1877 г. миѣніемъ Государственнаго Совѣта; кромѣ того, оно оговорено въ ст. 85—87 Уст. Гос. Двор. Зем. Банка (впрочемъ, лишь для того случая, когда обезцѣненіе произошло по винѣ собственника), а также въ уставахъ частныхъ земельныхъ банковъ и кредитныхъ обществъ¹⁾. Относительно заклада движимыхъ имуществъ Уст. Гос. Банка, Пол. о Гор. Общ. Банкахъ и уставы частныхъ торгово-промышленныхъ банковъ предоставляютъ кредитнымъ учрежденіямъ, принявшимъ въ закладъ процентныя бумаги, продать ихъ и взыскать свою ссуду, если курсъ упадетъ больше, чѣмъ на извѣстную часть ихъ цѣнности, а залогодатель по обращенному къ нему требованію не представитъ дополнительнаго обезпеченія²⁾. И то, и другое постановленіе являются сепаратными законами; для залога и заклада между частными лицами они имѣютъ только то значеніе, что позволяютъ считать добровольное условіе о правѣ залогодержателя взыскать деньги при обезцѣненіи заложенного объекта законамъ не противнымъ и, слѣдовательно, по 1530 ст. т. X ч. I, дозволеннымъ.

Способъ и порядокъ взысканія варьируетъ какъ по заложенному объекту, такъ и по лицу залогодержателя. Нормальнымъ способомъ взысканія наше современное право признаетъ продажу заложенной вещи съ публичнаго торга. Этотъ порядокъ принять для недвижимостей повсемѣстно, а для движимостей въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ введенъ въ дѣйствіе Уст. Гражд. Суд. Если залогодержателемъ состоитъ лицо частное, то оно должно сперва предъявить закладную ко взысканію, а затѣмъ, получивъ исполнительный

¹⁾ Напр., Уст. Кіев. Зем. Б., § 12.

²⁾ Уст. Гос. Б., ст. 133; Пол. о Гор. Общ. Б., ст. 93 прим.

листъ, обратить взысканіе на заложенное имущество. По Уставу Гражданскаго Судопроизводства порядокъ судопроизводства по иску, основанному на закладной, ничѣмъ не отличается отъ порядка судопроизводства по обязательствамъ вообще. Въ старыхъ Зак. о Суд. Гражд., которые знали два порядка для дѣлъ по обязательствамъ—спорный и безспорный—взысканіе по закладной было отнесено къ порядку безспорному (ст. 11—12). Этимъ взысканіе по закладнымъ не отличалось отъ взысканія по цѣлому ряду другихъ дѣлъ, также признанныхъ безспорными. Но дѣйствительное и весьма важное отличіе взысканія по закладнымъ устанавливалось 1-мъ и 3-мъ п. п. 593 ст. т. X. ч. 2, по которымъ, съ одной стороны, споръ о дѣйствительности крѣпостныхъ актовъ со стороны должника допускался лишь въ видѣ отрицанія своей подписи (споръ о подлогѣ), а съ другой стороны, уплата по закладнымъ и крѣпостнымъ заемнымъ письмамъ могла доказываться только „платежными надписями на самыхъ актахъ или ясными по онымъ платежными росписками“. Какъ справедливо нашелъ Сенатъ въ рѣш. 1888 г. № 70 (по д. Хлытѣева съ Чикнаверовымъ), статья эта заключаетъ, между прочимъ, воспрещеніе споровъ должника о безденежности закладной. Такъ какъ въ Зак. Гражд. такого запрещенія нѣтъ, а старые судопроизводственные законы замѣнены въ настоящее время Уст. Гражд. Суд., также не заключающимъ подобнаго запрещенія, то отсюда Сенатъ сдѣлалъ выводъ, что въ нашемъ дѣйствующемъ правѣ споръ о безденежности закладной допустимъ. Выводъ этотъ едва-ли можно считать достаточно доказаннымъ. Вопреки мнѣнію Сената, ст. 593 т. X ч. 2 и находящаяся съ нею въ связи 2015 ст. Зак. Гражд. составляютъ норму права матеріальнаго. Онѣ заключаютъ въ себѣ признаніе за крѣпостными заемными письмами, какъ съ залогомъ имущества, такъ и безъ онаго, силы абстрактнаго обязательства объ уплатѣ. Какъ извѣстно, Уст. о Банкротахъ,

въ 63 ст. II ч. котораго впервые было установлено запрещеніе спора о безденежности противъ закладныхъ крѣпостей и крѣпостныхъ заемныхъ писемъ, имѣлъ въ виду замѣнить этими актами векселя для лицъ не торговаго званія. Соответственно этой цѣли, онъ сообщалъ имъ тотъ-же характеръ абстрактнаго обязательства, который присущъ векселю, и выводилъ изъ этого характера тѣ-же послѣдствія; различіе, ради котораго Уставъ стремился вытѣснить векселя изъ сдѣлокъ между не-торговыми лицами, сводилось главнымъ образомъ къ разнымъ послѣдствіямъ несостоятельности. Въ нашемъ дѣйствующемъ законѣ, какъ мы выдѣли выше ¹⁾, ст. 568 Зак. Гражд. также присваиваетъ заемнымъ письмамъ и закладнымъ характеръ абстрактнаго обязательства объ уплатѣ известной суммы. Поэтому, было-бы, кажется, болѣе соответственнымъ прямому смыслу закона рѣшить вопросъ въ томъ смыслѣ, что противъ иска изъ закладной крѣпости возраженіе о безденежности закладной не должно допускаться ²⁾. Конечно, на практикѣ бываютъ случаи, гдѣ допустить взысканіе по такой закладной было-бы противно чувству справедливости (какъ это имѣло мѣсто въ вышеупомянутомъ дѣлѣ изъ сенатской практики). Но если безденежная закладная уже успѣла перейти въ руки добросовѣстнаго третьяго лица, то нѣтъ ни юридическихъ, ни нравственныхъ основаній къ нарушенію его правъ, и можно только предоставить пострадавшему

¹⁾ См. стр. 240—241.

²⁾ Замѣчаніе Сената, что подобный споръ допускается 462 ст. Уст. Судопр. Торг., не совсемъ понятно: въ этой статьѣ рѣчь идетъ о спорѣ не со стороны должника, а со стороны третьихъ кредиторовъ, въ обходъ которыхъ закладная совершена. Еще менѣе понятно другое замѣчаніе, что въ отношеніи закладныхъ норма банкротскаго устава должна считаться отмѣненной вслѣдствіе невнесенія ея въ Сводъ Законовъ: согласно ст. 94 Зак. Осн., отмѣна закона совершается не въ кодификаціонномъ порядкѣ, а въ законодательномъ.

должнику искъ о вознагражденіи противъ первоначальнаго залогодержателя, причемъ онъ, конечно, можетъ посредствомъ письменныхъ актовъ (ст. 410 Уст. Гражд. Суд.) доказывать основаніе своего иска, безденежность закладной. Если-же закладная находится еще въ рукахъ первоначальнаго залогодержателя, то подобный искъ можетъ быть предъявленъ въ видѣ ветрѣчнаго и парализовать взысканіе по закладной. Такимъ образомъ, оставаясь строго на почвѣ закона, мы приходимъ къ тому-же выводу, который принятъ въ этомъ вопросѣ западно-европейскими законодательствами: что безденежность закладной можетъ служить основаніемъ къ недонущенію взысканія, если закладная предъявлена ко взысканію первоначальнымъ залогодержателемъ, и даетъ право требовать вознагражденія отъ первоначальнаго залогодержателя, если закладная уже успѣла перейти къ добросовѣстному третьему лицу ¹⁾.

По полученіи исполнительнаго листа, взыскатель долженъ заявить объ обращеніи взысканія на заложенное ему имущество. Послѣ составленія описи и предварительной тоекратной публикаціи по установленнымъ правиламъ ²⁾, судебный приставъ производитъ въ назначенное время продажу заложеннаго имущества съ торговъ. Относительно движимаго имущества мѣсто продажи назначаетъ самъ судебный приставъ ³⁾, относительно недвижимаго мѣсто продажи установлено закономъ ⁴⁾, именно, имущества, оцѣненные ниже пятисотъ рублей, продаются при Мировомъ Съѣздѣ, а оцѣненные выше этой суммы, равно всѣ имущества, лежащія въ уѣздѣ этого города, гдѣ находится Окружный Судъ — при Судѣ. Залоговыя требованія казны и кредитныхъ учреждений признаются бесспорными, и взысканіе по онымъ производится безъ предварительнаго обращенія

¹⁾ См., напр., Герм. Гражд. Улож., § 892, 1140.

²⁾ Уст. Гражд. Суд., ст. 980—999, 1030—1039, 1101—16, 1146—50.

Ст. 1022.

⁴⁾ Ст. 1133.

устройства. Что же касается движимости, то въ мѣстностяхъ, гдѣ введены Судебные Уставы, а также повсемѣстно при закладѣ въ кредитныхъ учрежденіяхъ и по договорамъ съ казною, она при взысканіи подвергается тому же порядку публичной продажи. Наоборотъ, въ мѣстностяхъ прежняго судебного устройства при закладѣ между частными лицами она, согласно ст. 635—6 Зак. о Суд. Гражд., подвергается взысканію въ видѣ присвоенія залогодержателемъ и назначается въ продажу лишь въ томъ случаѣ, если это потребуетъ залогодатель или одинъ изъ его личныхъ кредиторовъ; причѣмъ потребовавшій продажи обязанъ возмѣстить убытокъ залогодержателя, если заложенная вещь будетъ продана ниже суммы долга.

Иной способъ продажи установленъ для процентныхъ бумагъ. Такъ какъ цѣнность ихъ въ каждый данный моментъ является вполнѣ опредѣленной благодаря существованію рыночнаго курса, то по отношенію къ нимъ не приходится прибѣгать къ сложной процедурѣ торговъ: эта процетуръ замѣняется продажей по курсу¹⁾. Въ видѣ исключенія, продажа по биржевой цѣнѣ допускается и для нѣкоторыхъ движимыхъ имуществъ, кромѣ бумагъ. Такой порядокъ взысканія разрѣшенъ, напр., въ ст. 107 и 123 Уст. Гос. Банка для заложенныхъ Банку движимыхъ вещей, особенно товаровъ, заложенныхъ по варрантамъ; а ст. 17 Правилъ о закладѣ морскихъ судовъ казнѣ (прил. къ ст. 149 Уст. Торг. по прод. 1906 г.) дозволяетъ казнѣ продавать по биржевой цѣнѣ черезъ Корабельнаго Маклера при С.-Петербургской Биржѣ даже такой громоздкій объектъ, какъ морскія суда.

Что касается заложенныхъ требованій, не имѣющихъ биржевого курса (напримѣръ, векселей), то взысканіе путемъ ихъ возмездной передачи другому лицу является вообще затруднительнымъ. Находясь въ тѣс-

¹⁾ См. 1674¹ ст. Зак. Гражд. и частныя узаконенія въ уставахъ банковъ.

ной связи съ индивидуальными возрѣніями даннаго лица относительно кредитоспособности должника, ихъ цѣнность съ трудомъ поддается объективному опредѣленію. Она становится опредѣленной и несомнѣнной въ количественномъ отношеніи лишь съ момента уплаты со стороны должника ¹⁾. Поэтому, западные кодексы и нашъ проектъ Гражданскаго Уложенія постановляютъ, что въ случаѣ просрочки залогодержатель получаетъ не право отчужденія, а право взысканія долга съ первоначальнаго должника ²⁾. Наше дѣйствующее законодательство не содержитъ на этотъ счетъ никакихъ постановленій. Но по ст. 134 Уст. Гос. Банка, разрѣшающей закладывать векселей по специальному текущему счету, векселя, принимаемые въ закладъ, должны удовлетворять требованіямъ приѣма ихъ къ учету. Отсюда, быть можетъ, слѣдуетъ заключить, что и взысканіе происходитъ въ такомъ же порядкѣ, какъ взысканіе по векселямъ учтеннымъ, т. е. въ видѣ взысканія долга по векселю съ первоначальнаго должника.

Въ отношеніи *предѣловъ взысканія* между нашимъ правомъ и западно-европейскимъ существуетъ принципиальное различіе. Въ то время, какъ на Западѣ, реценировавшемъ римскую ипотеку, залогодержатель при недостаточности заложеннаго объекта можетъ, по общему правилу, обратить дополнительное взысканіе на всякое другое имущество должника, у насъ взысканіе въ значительномъ большинствѣ случаевъ должно обращаться по закону только на заложенный объектъ. Относительно недвижимыхъ имуществъ 315 ст. Полож. о Взыск. Гражд. изд. 1892 года постановляетъ, что полученіе всей вырученной на торгахъ суммы или оставленіе за собою имущества считается полнымъ удовлетвореніемъ по закладной даже въ тѣхъ случаяхъ, когда долгъ остается не покрытымъ; согласно

¹⁾ Ср. объясненія къ 411 ст. III кн. Гражд. Улож.

²⁾ См. выше, стр. 205—6.

ніе сенатскаго взгляда заставило бы насъ признать даже при бодмереѣ отвѣтственность собственника корабля (пожалуй, еще и собственниковъ грузовъ) всеѣмъ своимъ имуществомъ, такъ какъ, по буквальному тексту 432 ст. Уст. Торг., удовлетвореніе бодмерейнаго кредитора „производится по общимъ правиламъ объ удовлетвореніи заимодавцевъ, имѣющихъ закладъ“.

Исключеніемъ изъ правилъ объ ограниченной отвѣтственности залогодателя являются постановленія о залогахъ по договорамъ съ казной (какъ движимыхъ, такъ и недвижимыхъ). По ст. 220 Полож. о Каз. Подр., въ случаѣ, если залогомъ принадлежатъ не самому контрагенту, то взысканіе обращается сначала на его собственное имущество, а затѣмъ лишь на залогомъ; по статьѣ 447 Полож. о Взыск. Гражд. казенныя взысканія удовлетворяются, кромѣ залоговъ, изъ всего движимаго и недвижимаго имущества, а также изъ всеѣхъ доходовъ должника. Какъ справедливо замѣтить Л. А. Кассо, такое изъятіе для казенныхъ взысканій обусловливается не столько привилегированнымъ положеніемъ казны, сколько тѣмъ обстоятельствомъ, что залогомъ по договорамъ съ казной, согласно ст. 39 Пол. о Каз. Подр., въ принципѣ обезпечиваютъ договоръ не въ полной суммѣ, а только въ части ¹⁾. Мы видѣли выше, что и между частными лицами возможенъ по нашему праву залогъ въ формѣ *Cautionshypothek*, когда размѣръ отвѣтственности заложеннаго имущества и размѣръ обезпечиваемаго долга, по общему правилу, не находятъ въ соотвѣтствіи ²⁾. Очевидно, здѣсь будетъ правильно примѣнять всегда то-же начало, что къ залогу по договорамъ съ казною, который представляетъ лишь наиболѣе разработанный въ нашемъ законодательствѣ случай *Cautionshypothek* ³⁾.

¹⁾ Понятіе о залогѣ, стр. 350.

²⁾ См. выше, стр. 260—264.

³⁾ См. выше, стр. 262.

Нельзя не согласиться съ Правительствующимъ Сенатомъ, что по особому договору между сторонами частные залогодержатели могутъ получить право на дополнительное взысканіе съ остального имущества должника и въ „нормальномъ случаѣ залога“, т. е. при залогѣ въ обезпеченіе срочнаго займа¹⁾. Нѣтъ никакихъ основаній считать такой договоръ противнымъ законамъ; наоборотъ, мы видѣли, что въ извѣстныхъ случаяхъ самъ законъ устанавливаетъ дополнительное взысканіе. Однако, Сенатъ справедливо нашелъ въ рѣшеніи 1905 года № 104 (по д. Московскаго Городскаго Кредитнаго Общества съ Шаганомъ), что кредитныя учрежденія, дѣйствующія на точномъ основаніи своихъ уставовъ, не вправѣ брать съ должниковъ подобнаго обязательства, если уставъ не содержитъ соотвѣтственныхъ постановленій. Независимо отъ особаго договора, 684 ст. Зак. Гражд., повидимому, обязываетъ должника возмѣстить недовыручку, если она произошла вслѣдствіе обезпеченія, послѣдовавшаго по его винѣ.

Во всѣхъ случаяхъ, гдѣ на залогодательѣ лежить обязанность пополнить недовыручку, или, вообще гдѣ залогодержатель, кромѣ права на цѣнность объекта, имѣетъ еще какое-либо требованіе лично противъ своего должника, это его требованіе можетъ быть обезпечено всѣми способами, установленными въ законѣ для обезпеченія договоровъ. Обязательство должника при *Cautionshypothek*, обязательство объ очисткѣ (ст. 1631), обязанность возмѣстить недовыручку — могутъ обезпечиваться не только поручительствомъ или неустойкой, но даже новымъ залогомъ, который ликвидируется лишь по исполненіи должникомъ обезпеченнаго обязательства, такъ же, какъ всякое другое залоговое отношеніе. Здѣсь, такимъ образомъ, мы получаемъ случай совокупнаго залога нѣсколькихъ объек-

¹⁾ Рѣш. 1874 г. № 129, 1884 г. № 5 и др.

товъ—случай, прямо предусмотренный правилами о залогахъ и закладахъ по договорамъ съ казной. Но возможны-ли и допустимы-ли такія добавочныя обезпеченія при залогѣ по договору срочнаго займа, когда ответственность должника ограничивается однимъ заложеннымъ объектомъ, и стороны не предоставили залогодержателю взыскивать недовыручку съ остального имущества? Вопросъ этотъ рѣшается различно относительно совокупнаго залога, поручительства и неустойки.

Что касается совокупнаго залога, то нашъ законъ положительно воспрещаетъ его въ отношеніи недвижимостей въ 1644 ст. т. X ч. 1. По этой статьѣ, одинъ и тотъ-же заемъ не можетъ быть обезпеченъ залогомъ нѣсколькихъ имуществъ, а долженъ быть раздѣленъ между ними на нѣсколько отдѣльныхъ, самостоятельныхъ суммъ. Сомнѣніе въ этомъ вопросѣ могла-бы возбудить только 1631 ст., по которой залогоприниматель, включившій въ закладную условіе объ очисткѣ, можетъ въ случаѣ, если имѣніе будетъ отсуждено отъ должника, требовать отъ него другого залога. Но это правило, очевидно, относится не къ моменту совершенія первой залоговой сдѣлки, а къ моменту состоявшагося судебного рѣшенія, что можно заключить изъ альтернативы: „либо другого залога, либо возвращенія займа съ понесенными убытками“. Относительно движимыхъ имуществъ у насъ нѣтъ правила, соответствующаго 1644 ст.; наоборотъ, ст. 1670—71 Зак. Гражд. и цѣлый рядъ частныхъ узаконеній совершенно очевидно предусматриваютъ совокупный закладъ нѣсколькихъ движимыхъ объектовъ въ обезпеченіе одного требованія. Дозволеніе совокупнаго залога нельзя не признать вполне соответствующимъ характеру движимыхъ имуществъ, какъ объектовъ залоговой сдѣлки: для залогопринимателя было-бы крайне затруднительно дробить сумму долга между отдѣльными движимыми вещами. Но если совокупный закладъ вообще по нашему праву

допустимъ, то нѣтъ никакихъ основаній не допускать его въ такомъ видѣ, чтобы залогомъ одного объекта (или одной группы объектовъ) обезпечивалось обязательство на случай недостаточности другого (или другой группы).

Болѣе сложнымъ является вопросъ о поручительствѣ при залогѣ. Вопросъ этотъ восходилъ на разрѣшеніе Сената по д. Янушковскаго съ Вилькенъ (рѣш. 1869 г. № 522), гдѣ долгъ былъ обезпеченъ одно- временно поручительствомъ и залогомъ имущества. Сенатъ рѣшилъ его въ томъ смыслѣ, что подобное поручительство возможно, исходя, главнымъ образомъ, изъ того основанія, что законъ не воспрещаетъ обезпечивать одно и то-же обязательство двумя способами. Съ этимъ положеніемъ нельзя не согласиться; но выводъ, который дѣлаетъ изъ него Сенатъ, едва-ли правиленъ. Ст. 1556 т. X ч. 1 знаетъ два вида поручительства: поручительство въ части долга и во всей суммѣ. Отсюда вытекаетъ, что поручитель отвѣтствуетъ по обязательству, во всякомъ случаѣ, не болѣе главнаго должника, что подтверждено прямо въ ст. 1560. Принципъ этотъ настолько вытекаетъ изъ самаго понятія объ акцессорномъ договорѣ поручительства, что его повторяютъ всѣ законодательства. Такъ, во французскомъ Code civil имѣется даже статья о недѣйствительности поручительства въ суммѣ, превышающей обязательство главнаго должника ¹⁾; такое-же правило заключается въ нашемъ проектѣ Гражданскаго Уложенія ²⁾. Отсюда естественно вытекаетъ, что въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ обязанность главнаго должника ограничивается допущеніемъ взысканія съ опредѣленнаго имущества, безъ ответственности остальнымъ своимъ имуществомъ, было-бы неправильно допустить поручительство въ недовырученной суммѣ, къ платежу которой должникъ не обязанъ. Неправильно это было-бы

¹⁾ Code civile; art. 2013.

²⁾ Гражд. Улож., кн. V, ст. 1012.

еще потому, что, по ст. 1561 и 2-му п. 1558, поручитель имѣетъ во всей уплаченной имъ суммѣ регрессъ къ главному должнику, и такимъ образомъ, на этого послѣдняго было-бы возложено противъ его воли косвенное обязательство возмѣстить недовыручку. Кромѣ того, возможность такого поручительства противорѣчила-бы еще многимъ другимъ нормамъ нашего законодательства. Какъ извѣстно, законъ, ограничивающій взысканіе по закладнымъ, ст. 315 Нол. о Взыск. Гражд., редактированъ въ томъ смыслѣ, что принятіе залогодержателемъ имѣнія или всей вырученной на торгахъ суммы „почитается полнымъ удовлетвореніемъ по закладной“; очевидно, послѣ „полнаго удовлетворенія“ залогодержателя для поручительства уже не остается мѣста. По ст. 1558 Зак. Гражд., при поручительствѣ простомъ взысканіе можетъ быть обращено на поручителя лишь послѣ продажи всего имущества главнаго должника и обнаруженія его несостоятельности; при долгѣ залоговомъ безъ оговорки о возмѣщеніи недовыручки это условіе, понятно, не можетъ наступить.

Въ источникѣ дѣйствующихъ постановленій о поручительствѣ и залогѣ, Уставѣ о Банкротахъ 1800 г., недопустимость поручительства при залогѣ не подлежала сомнѣнію. Ст. 95 II-й ч. Устава дозволяетъ поручительство „по всеѣмъ установленнымъ здѣсь *безъ залоговъ* заемнымъ обязательствамъ“. Въ нашемъ дѣйствующемъ законѣ это правило не выражено столь опредѣленно; но мы видѣли, что оно вытекаетъ съ несомнѣнностью изъ другихъ постановленій закона. Конечно, изъ этого не слѣдуетъ, чтобы третье лицо не могло по особому договору съ залогодержателемъ принять на себя отвѣтственность за недовыручку—напр., въ видѣ гарантіи извѣстной цѣнности закладываемаго имущества. Случай такой отвѣтственности нашему закону извѣстенъ, и именно въ этой формѣ: мы говоримъ объ отвѣтственности банковыхъ оцѣнщиковъ

Но это не есть акцессорный договор поручительства, а совершенно особый, самостоятельный договор, не дающий обязавшемуся лицу ни до, ни послѣ исполненія никакихъ правъ по отношенію къ залогодателю.

Наконецъ, что касается неустойки, то включеніе соотвѣтственнаго условія въ закладную, несомнѣнно, должно почитаться дозволеннымъ. Неустойка, согласно 1585 ст., взыскивается независимо отъ взысканія по главному договору, и, слѣдовательно, ограниченіе взысканія по послѣднему ея не касается; согласно 1574 ст., неустойка обеспечиваетъ только исправность исполненія, и нельзя лишитъ сторонъ возможности обеспечить исправность неустойкой даже въ томъ случаѣ, когда существо договора обеспечено залогомъ.

За всѣми вышеозначенными исключеніями, продажа имущества съ торговъ по взысканію залогодержателя или оставленіе имъ заложеннаго имущества за собою по закладной составляетъ способъ полного прекращенія его правъ. Но даже въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ залогодержателю послѣ продажи принадлежитъ право на какой-либо личный искъ, залоговое право на объектъ прекращается своей реализаціей, взысканіемъ съ этого объекта.

Третій способъ прекращенія залогового права составляетъ случайное уничтоженіе заложеннаго объекта. Законъ не содержитъ прямыхъ постановленій о прекращеніи въ этомъ случаѣ залогового права; но оно вытекаетъ съ несомнѣнностью изъ самаго понятія о залогѣ, какъ правѣ, связанномъ съ опредѣленнымъ имуществомъ объектомъ. По ст. 626 Зак. о Суд. Гражд., удовлетвореніе залогового кредитора „производится всегда изъ заложеннаго имущества“. Само собою понятно, что предметъ уничтожившійся, переставшій быть единицей въ гражданскомъ оборотѣ, не можетъ служить ни источникомъ удовлетворенія, ни объектомъ какихъ либо правъ. На почвѣ его возможно только одно правоотношеніе—право на вознагражденіе за убытокъ.

Но такъ какъ по 647 ст. Зак. Гражд. случайный вредъ и убытки „не подлежатъ вознагражденію“, то отсюда вытекаетъ, какъ справедливо указываетъ Кассо¹⁾, что случайнымъ уничтоженіемъ заложенной вещи право залогодержателя прекращается. Конечно, въ тѣхъ случаяхъ, когда залогодатель, по закону или по особому договору, отвѣтствуетъ за долгъ всѣмъ своимъ имуществомъ, гибель заложенного объекта не уменьшаетъ права залогодержателя требовать полного удовлетворенія отъ должника; но это требованіе вытекаетъ только изъ обязательственнаго долга, а не изъ прекратившагося залогового права.

Однако, еще Зомъ справедливо замѣтилъ, что во многихъ случаяхъ уничтоженіе заложенного объекта не сопровождается уничтоженіемъ его мѣновой цѣнности, а составляетъ только видъ ея реализаціи²⁾. Таково, прежде всего, уничтоженіе заложенного требованія путемъ уплаты. Въ современномъ экономическомъ быту къ этой же категоріи слѣдуетъ отнести всѣ случаи, гдѣ за погибшую вещь уплачивается кѣмъ либо вознагражденіе, такъ какъ масштабомъ вознагражденія служить именно мѣновая цѣнность вещи; главными видами такого вознагражденія являются страховая премія и вознагражденіе за убытки отъ виновнаго третьяго лица. Во всѣхъ этихъ случаяхъ нѣтъ основанія признавать залоговое право прекратившимся, такъ какъ оно направлено не на погибшую индивидуальность объекта, а только на его мѣновую цѣнность, которая не погибла, а реализовалась, т. е. перемѣнила лишь видъ. Съ другой стороны, нѣтъ основанія также допускать немедленную ликвидацію отношеній въ части, соответствующей полученному вознагражденію, такъ какъ условная осуществимость залогового права не измѣнилась отъ того, что заложенная цѣнность превращена въ денежные знаки. Отсюда вытекаютъ такъ называемыя „пре-

¹⁾ Понятіе о залогѣ, стр. 363.

²⁾ Sohm, l. c., S. 111—12.

вращения“ („Verwandlungen“) залогового права: залоговое право на обязательство „превращается“ въ право на ушюченные предметы долга, залоговое право на вещь превращается въ закладъ требованія о вознагражденіи и, дальше, въ закладъ полученныхъ въ видѣ вознагражденія денежныхъ знаковъ.

Подробныя постановленія по этому поводу содержатся въ западно европейскихъ кодексахъ и въ проектѣ Гражд. Улож. ¹⁾. Въ нашемъ дѣйствующемъ законодательствѣ частныя узаконенія, именно, правила о залогахъ по договорамъ съ казной и уставы банковъ, оговариваютъ для залогодержателя право на страховое вознагражденіе ²⁾. Еще большее значеніе имѣютъ соотвѣтственныя постановленія въ уставахъ страховыхъ обществъ ³⁾, ибо они относятся ко всемъ залогодержателямъ безъ различія (какъ къ банкамъ, такъ и къ частнымъ лицамъ). Для нашего дѣйствующаго права едва-ли было-бы ошибкой считать распространеніе права залогодержателя на страховое вознагражденіе, выраженное въ этихъ частныхъ узаконеніяхъ, общимъ правиломъ. По аналогіи слѣдуетъ распространить тотъ же принципъ на остальные виды вознагражденія. Однако, слабая сторона постановки этого вопроса въ нашемъ правѣ заключается въ томъ, что вознагражденіе поступаетъ къ залогодержателю не *proprio loco*, а въ собственность, прекращая въ соотвѣтственной части отношенія между сторонами ⁴⁾. Отъ этого недостатка свободенъ проектъ Гражд. Уложенія.

¹⁾ Бельгійск. ипотечн. зак. ст. 10, Герм. Гражд. Улож., § 1127; наше Гражд. Улож. кн. III, ст. 322.

²⁾ Пол. о Указ. Подр. ст. 49 и 208; Уст. Кіев. Зем. Б., § 18 и др.

³⁾ См., напр., §§ 55—6 уставовъ Русскаго и Коммерческаго страховыхъ отъ огня обществъ.

⁴⁾ Въ рѣш. 1883 г. № 36 (по д. Фроловой съ Самар. гор. общ. банкомъ). Сенатъ нашелъ, что залогодержатель, получившій страховое вознагражденіе, достаточное для удовлетворенія его претензіи, долженъ не только немедленно ликвидировать отношенія, но даже обязанъ вернуть полученные впередъ проценты.

Изъ того, что „превратившееся“ залоговое право является не новымъ залогомъ, а продолженіемъ стараго, Зомъ дѣлаетъ выводъ, что оно переходитъ на новый объектъ съ тѣмъ же рангомъ, съ какимъ тяготѣло на прежнемъ ¹⁾. Съ выводомъ этимъ нельзя не согласиться. Хотя Экнеръ думаетъ, что при такой точкѣ зрѣнія было бы трудно разграничить рангъ между залоговыми правами, тяготѣвшими на объектѣ требованія, и тѣми, которыя переходятъ на него въ силу превращенія при отдачѣ его въ уплату по заложенному требованію ²⁾, однако, затрудненіе здѣсь только кажущееся: при отдачѣ въ уплату кредитору заложеннаго предмета, само собою понятно, уступается изъ мѣнновой цѣнности только свободная отъ залога часть, и, слѣдовательно, именно на этой части располагаются по своему прежнему рангу „превращенныя“ залоговыя права.

Превращеніе залогового права имѣетъ мѣсто лишь тогда, когда при реализаціи мѣнновой цѣнности произошло уничтоженіе заложеннаго объекта. Въ этихъ случаяхъ логика подсказываетъ необходимость перехода заложенныхъ правъ на эквивалентъ. Но такой необходимости совершенно не существуетъ тамъ, гдѣ заложенный объектъ безъ физическаго или юридическаго уничтоженія выходитъ по какимъ либо причинамъ изъ обладанія залогодателя. Одинъ изъ такихъ случаевъ мы разбирали выше: это случай отчужденія заложеннаго объекта. Хотя его мѣнновая цѣнность при этомъ реализуется, и собственникъ получаетъ эквивалентъ, тѣмъ не менѣе, залоговое право не переходитъ на этотъ эквивалентъ, а остается на самомъ имуществѣ. Логическое основаніе такого рѣшенія вопроса состоитъ въ томъ, что собственникъ могъ распорядиться вполне лишь принадлежавшею ему безусловно частью мѣнновой цѣнности, т. е. тою, которая оставалась поверхъ всѣхъ

¹⁾ Sohm, l. c., S. 112.

²⁾ Exner, l. c., S. 36—7.

закладныхъ, а на остальные части могъ передать только свое ограниченное извѣстными условіями право.

Очевидно, нѣтъ никакихъ основаній рѣшать вопросъ въ иномъ смыслѣ тогда, когда собственникъ утратилъ, а третье лицо приобрѣло право на вещь не путемъ обмѣна, а другимъ путемъ, напримѣръ, по давности. По общему принципу обязательственнаго права, давность для срочныхъ долговыхъ отношеній можетъ быть исчисляема только съ момента просрочки. Такимъ образомъ, возможно положеніе, при которомъ залоговое право давностью не погашено, а между тѣмъ заложенный объектъ по давности поступилъ во владѣніе третьяго лица. Въ такомъ случаѣ давность не коснулась той мѣнливой цѣнности, которая принадлежит залогодержателю; или, правильнѣе, коснулась ея лишь въ томъ отношеніи, что ограниченное резолютивнымъ условіемъ право перешло къ другому лицу. Поэтому, Правительствующій Сенатъ совершенно справедливо нашелъ, что приобретение заложенного объекта по давности третьимъ лицомъ не вредитъ правамъ залогодержателя¹⁾.

Еще меньше основаній считать поводомъ къ прекращенію залогового права понудительную продажу имущества по требованію посторонняго взыскателя. Поводъ къ такому взгляду можетъ подать 1215 ст. Уст. Гражд. Суд., по которой „претензіи, обеспеченныя залогомъ“ удовлетворяются изъ суммы, полученной отъ покупателя и представляемой въ Судъ судебнымъ представомъ. Однако, подобное толкованіе привело бы 1215 ст. въ рѣшительное противорѣчіе со ст. 1184 и 1185 того же Уст. Гражд. Суд. Согласно этимъ статьямъ, залогодержатель, будь это банкъ или частное лицо безразлично, „обязанъ немедленно увѣдомить мѣсто, при которомъ производится продажа, о суммѣ, слѣдующей къ переводу на покупателя, и о порядкѣ ея уплаты на условіяхъ сдѣланнаго займа“. По объясненію состави-

¹⁾ Рѣш. 1877 г. № 59 и 1887 г. № 35.

телей (Судебныхъ Уставовъ¹⁾), „при первоначальномъ об-
сужденіи этихъ статей предполагалось установить, что
кредитное мѣсто или частное лицо, которому заложено
продаваемое имѣніе, ... имѣетъ право, смотря по тому,
что ему представляется болѣе выгоднымъ, или требо-
вать о переводѣ долга на покупателя, или же объявить,
что оно желаетъ удержать слѣдующую ему сумму съ
процентами изъ покупной цѣны... Предположенія эти
отвергнуты, какъ несогласныя съ нашими граждан-
скими законами. Залогъ имѣнія есть одинъ изъ видовъ
договоровъ... По заключеніи такого договора, между
залогодателемъ и залогодержателемъ устанавливаются
такія же отношенія, какъ и между договорившимися
сторонами по всякому другому договору, и именно, что
какъ тотъ, такъ и другой обязываются свято исполнить
постановленныя ими условія (ст. 569 Зак. Гражд.), и,
слѣдовательно, съ одной стороны, залогодатель обязанъ
платить занятыя имъ деньги на условенные сроки, а
съ другой, до наступленія этихъ сроковъ залогодер-
жатель не имѣетъ никакого права требовать уплаты
сдѣланной имъ ссуды. Слѣдовательно, и въ случаѣ
продажи заложенаго имѣнія не по неуплатѣ залого-
дателемъ занятыхъ имъ денегъ, а по какой либо дру-
гой причинѣ, залогодержатель имѣетъ одно только пра-
во—требовать, чтобы продаваемое имѣніе продолжало
служить обезпеченіемъ произведеннаго подъ оное зай-
ма, но ни подъ какимъ видомъ не можетъ домогаться,
чтобы, въ прямое нарушеніе договора, ссуженная сум-
ма была немедленно ему уплачена“. Такая мотивировка
1184 и 1185 ст. совершенно не позволяетъ думать, что-
бы составители Судебныхъ Уставовъ имѣли въ виду
досрочное прекращеніе залога въ 1215 ст.

Если всмотрѣться въ текстъ 1215 ст., то въ немъ,
кажется, можно найти разъясненіе истиннаго соотно-
шенія этихъ двухъ нормъ. 1215 ст. говорить не о „за-

¹⁾ Уст. Гражд. Суд., 2-е изд. Госуд. Канц., стр. 553.

погахъ“ вообще, а только о „*претензіяхъ*, обезпеченныхъ залогомъ“. Для того, чтобы закладная могла быть погашена въ порядкѣ 1215 ст., она должна къ моменту торга составлять уже „претензію“, должно наступить уже одно изъ тѣхъ условій, при которыхъ залоговое право приходитъ въ активное состояніе. Если срокъ еще не наступилъ, проценты уплачиваются аккуратно, имущество не обезпечено, то закладная не составляетъ „претензіи“, и долгъ переводится на покупателя въ порядкѣ 1184 и 1185 ст.: въ обратномъ случаѣ онъ взыскивается въ порядкѣ 1215 ст.

Западно-европейскія законодательства допускаютъ погашеніе залогового права въ силу самаго факта продажи съ торговъ въ одномъ только случаѣ: когда продажа производится по взысканію одного изъ залогодержателей, всѣ послѣдующія залоговыя права должны быть погашены ¹⁾. Это—частное примѣненіе болѣе общаго принципа, касающагося всѣхъ „вещныхъ“ правъ. Ему нельзя отказать въ юридической правильности. Несомнѣнно, что залоговое право не должно находиться ни въ какой зависимости отъ послѣдующихъ обремененій имущества, а только отъ предшествующихъ. Ни одно вещное право, устанавливаемое на имущество, не можетъ оказать какого бы то ни было вліянія на права лицъ, получившихъ вещныя правомочія прежде. Поэтому, взысканіе по какой либо изъ закладныхъ должно производиться такъ, какъ еслибы всѣхъ послѣдующихъ вещныхъ правъ совершенно не существовало. Они не могутъ быть переведены на покупателя, потому что ни покупатель, ни взыскатель не должны съ ними считаться²⁾. Единственнымъ исходомъ является погашеніе ихъ при самой продажѣ, конечно,

¹⁾ См., напр., для Германіи Civilprozessordnung, §§ 52, 91—2, 49 u. a.

²⁾ Разумѣется, въ случаѣ, когда и покупатель съ торговъ, и послѣдующій залогодержатель выразятъ согласіе на продолженіе залоговыхъ отношеній, нѣтъ основаній ихъ прекращать.

съ соответственнымъ удовлетвореніемъ заинтересованныхъ лицъ изъ продажной цѣны. Такъ какъ эта норма базируетъ на общихъ юридическихъ началахъ, то едва ли будетъ ошибкой примѣнять ее и у насъ; тѣмъ болѣе, что и у насъ, согласно 183 ст. Нот. Полож., послѣдующія ограниченія права собственности не должны ни въ какомъ случаѣ отражаться на предшествующихъ. Поэтому, позволительно, кажется, толковать постановленія Уст. Гражд. Судопр. въ томъ смыслѣ, что долги, обеспеченные залогомъ, переводятся при досрочной продажѣ по постороннему взысканію на покупателя, за исключеніемъ закладныхъ, слѣдующихъ по рангу за долгомъ взыскателя. Понятно, что въ тѣхъ случаяхъ, когда взысканіе производитъ личный кредиторъ, переводу будутъ подлежать на основаніи этого правила всѣ закладныя. Въ обратномъ случаѣ, когда взысканіе производитъ одинъ изъ залогодержателей, залоговья права, слѣдующія по рангу, должны прекращаться.

СПИСОКЪ ЦИТИРОВАННЫХЪ ИСТОЧНИКОВЪ.

Акты, относящиеся до юридическаго быта древней Россіи. Изд. Арх. Ком. п. р. Калачаева. Т. I—III. С.-Петербургъ 1857—1884. (А. отн. до Юр. Б.).

Акты Юридическіе, или собраніе формъ стариннаго дѣлопроизводства. Изд. Арх. Ком. С.-Петербургъ 1838—1840. (А. Ю.).

Акты, собранные въ бібліотекахъ и архивахъ Россійской Имперіи Археографической Экспедиціею. Т. I—IV. С.-Петербургъ. 1838. (А. А. Э.).

Андреевъ. Сборникъ рѣшеній гражданскаго кассационнаго департамента сената за 1889 г.

Анненковъ. Система русскаго гражданскаго права. Т. III. С.-Петербургъ 1898 г.

Ан—ровъ. Статья въ Юридич. Вѣстникъ за 1871 г., кн. 5—6.

Архангелъскій. Ниль Сорскій и Вассіанъ Патрижѣвъ. С.-Петерб. 1882 г.

Базановъ. Вотчинный режимъ въ Россіи. 1910 г.

Базановъ. Происхожденіе современной ипотеки. 1900 г.

Баронъ. Система римскаго права. Переводъ Л. Петражицкаго. Вып. 2. Москва 1898 г.

Бобриковъ. „По вопросу о передачѣ закладныхъ крѣпостей“. Статья въ Журн. Мин. Юст. за 1898 г. № 6.

Брикнеръ. Исторія Петра Великаго. С.-Петербургъ 1882 г.

Бюхеръ. Возникновеніе народнаго хозяйства. Вып. 1—2. С.-Петербургъ 1907 г.

Бѣляевъ. Крестьяне на Руси. 1860 г.

Варадиновъ. „Ипотека“. Статья въ Журн. Мин. Юст. за 1862 г., кн. 6.

Васьковскій. Учебникъ гражданскаго права. Вып. 2. С.-Петерб. 1896 г.

Вербловскій. Статья въ Судебн. Вѣстникъ за 1876 г., № 55.

Винаверъ. Изъ области цивилистики. С.-Петербургъ 1908 г.

Владимірскій-Будановъ. Обзоръ исторіи русскаго права. Кіевъ 1905 г.

Владимірскій-Будановъ. Хрестоматія по исторіи русскаго права. Вып. I—III. Ярославль 1871—5 г.

Вотчинный Уставъ. Проектъ Редакціонной Комиссіи по составленію Гражд. Уложенія.

Вѣстникъ Финансовъ за 1910 г.

Гантоверъ. Залоговое право. С.-Петербургъ 1892 г.

Гаркави. Сказанія мусульманскихъ писателей о славянахъ и руссахъ съ половины VII до конца X вѣка.

Подъ ред. Гельмольта. Исторія Человѣчества. Т. VI. С.-Петербургъ.

Гожевъ. „Т. X въ изданіи 1887 г.“ Статья въ Журн. Гражд. и Угол. Права за 1888 г., кн. 9.

Гольмстенъ. Лекціи Мейера. Изд. 17-е.

Гольмстенъ. Учебникъ русскаго гражданскаго права.

Гражданское уложение. Проект Редакціонной Комиссіи съ объясненіями. Кн. III.

Гуляевъ. Русское гражданское право. Кіевъ 1907 г.

Гурляндъ. Акты города Романово-Борисоглѣбска.

Дополненія къ Актамъ Историческимъ.
(Д. къ А. И.).

Думашевскій. „Объ удовлетвореніи по закладнымъ“. Статья въ Судебномъ Вѣстникѣ за 1877 г., № 283.

Дювернуа. Источники права и судъ въ древней Руси. 1867 г.

Дьяконовъ. Къ исторіи крестьянскаго прикрѣпленія. С.-Петербургъ 1895 г.

Ефименко. Изслѣдованія народной жизни. Вып. I: Крестьянское землевладѣніе на крайнемъ сѣверѣ. Москва 1884 г.

Жидъ. Основанія Политической Экономіи. С.-Петербургъ 1896 г.

Зачинскій. „Замѣчанія на X томъ“. Статья въ Юридич. Вѣстникѣ за 1883 г., кн. 4.

Змирловъ. „Недостатки нашихъ гражданскихъ законовъ“. Статья въ Журн. Гражд. и Угол. Права за 1885 г., кн. 7.

Иконниковъ. Максимъ Грекъ. Кіевъ 1865—6 г.

Иловайскій. Исторія Россіи. Т. I. Москва 1876 г.

Исаченко. Сводъ кассационныхъ положеній по вопросамъ русскаго гражданскаго матеріальнаго права. С.-Петербургъ 1906 г.

Кавелинъ. Права и обязанности. С.-Петербургъ 1879 г.

Карамзинъ. Исторія Государства Россійскаго. Т. X. С.-Петербургъ 1852 г.

Кассо. Понятіе о залогѣ въ современномъ правѣ.
Юрьевъ 1898 г.

Кассо. Русское поземельное право. 1906 г.

Ключевскій. Боярская дума древней Руси.
Москва 1902 г.

Ключевскій. „Происхождение крѣпостного пра-
ва въ Россіи“. Статья въ Русской Мысли за 1885 г.

Ковалевскій. Историко-сравнительный методъ.
Москва 1880 г.

Ковалевскій. Соціологія. Т. I. С.-Петербургъ
1910 г.

Корниловъ. Крестьянская реформа. С.-Петер-
бургъ 1905 г.

Костомаровъ. Историческія Монографіи. Т. I.
Статья: „Должно-ли считать Бориса Годунова основа-
телемъ крѣпостного права?“.

Костомаровъ. Русская исторія въ жизнеописаніяхъ
ея главныхъ дѣятелей.

Костомаровъ. „Смутное время Московскаго го-
сударства“. Статья въ Вѣстникѣ Европы за 1866 г.

Дешковъ. Русскій народъ и государство. 1858 г.

Маклеодъ. Основанія Политической Экономіи.
С.-Петербургъ 1865 г.

Марковъ. „Ипотечная система и законодатель-
ныя работы по введенію ея въ Россіи“. Статья въ Журн.
Гражд. и Торг. Права за 1872 г., кн. 2.

Мейеръ. „Древнее русское право залога“. Статья
въ Юридическомъ Сборникѣ, изд. имъ-же. Казань 1855 г.

Мейеръ. Русское гражданское право. Т. II.
Изд. 2-е.

Менгеръ. Основанія Политической Экономіи. Об-
щая часть. 1903 г.

Микулинъ. Статья въ Юридич. Вѣстникѣ за
1880 г., кн. 11.

Миллеръ. Опытъ историческаго обозрѣнія русской народной словестности. С.-Петербургъ 1865 г.

Муромцевъ. Гражданское право древняго Рима. Москва 1883 г.

Муромцевъ. Оброзование права по ученіямъ нѣмецкихъ юристовъ. Москва 1866 г.

Неволинъ. Исторія Россійскихъ Гражданскихъ Законовъ. Т. III. 1851 г.

Описание Государственнаго Архива.

Оршанскій. „Роль казеннаго интереса въ русскомъ правѣ“. Статья въ Суд. Журналѣ за 1875 г., кн. 1.

Павловъ-Сильванскій. Феодальныя отношенія въ удѣльной Руси. С.-Петербургъ. 1901 г.

Пальховскій. Статья въ Суд. Вѣстникѣ за 1876 г., № 107.

Памятники, изданные временной комиссіей для разбора древнихъ актовъ. Кіевъ 1846 г.

Первоначальная лѣтопись.

Петражицкій. Теорія права и государства въ связи съ теоріей нравственности. Т. I—II.

Платоновъ. Очерки по исторіи смуты.

Побѣдоносцевъ. Курсъ Гражданскаго Права. Т. I. С.-Петербургъ 1883 г.

Погодинъ. „Должно-ли считать Бориса Годунова основателемъ крѣпостного права?“ Статья въ Русской Бесѣдѣ за 1858 г., кн. 12.

Полное Собрание Законовъ Россійской Имперіи.

Рѣшенія Гражданскаго Кассационнаго Департамента Правительствующаго Сената. 1868—1910 г.

Сборникъ матеріаловъ и постановленій V-го съѣзда представителей учреждений русскаго земельного кредита. С.-Петербургъ 1884 г.

Сводъ Законовъ Россійской Имперіи:

- Т. I ч. 1. Законы Основные.
- Т. I ч. 2. Учреждение Государственного Совѣта.
Учреждение Государственной Думы.
- Т. II ч. 1. Положеніе о Губернскихъ и Уѣздныхъ Земскихъ Учрежденіяхъ.
Городовое Положеніе.
- Т. V. Уставъ о Прямыхъ Налогахъ.
Уставъ о Пошлинахъ.
Уставъ объ Акцизныхъ Сборахъ.
- Т. VII. Уставъ Горный.
- Т. VIII ч. 1. Уставъ Лѣсной.
Уставъ объ Управленіи Казенными Имѣніями въ Западныхъ и Прибалтійскихъ Губерніяхъ.
- Т. IX. Законы о Состояніяхъ.
Особое приложеніе къ Законамъ о Состояніяхъ.
- Т. X ч. 1. Сводъ Законовъ Гражданскихъ.
Положеніе о Казенныхъ Подрядахъ и Поставкахъ.
- Т. XI ч. 2. Уставъ Кредитный.
Уставъ о Векселяхъ.
Уставъ Торговый.
Уставъ Судопроизводства Торговаго.
- Т. XII ч. 1. Общій Уставъ Россійскихъ Желѣзныхъ Дорогъ.
- Т. XV. Уложеніе о Наказаніяхъ Уголовныхъ и Исправительныхъ.
Уголовное Уложеніе.
- Т. XVI ч. 1. Учреждение Судебныхъ Установленій.
Уставъ Гражданскаго Судопроизводства.
Положеніе о Нотаріальной Части.
Уставъ Уголовнаго Судопроизводства.
- Т. XVI ч. 2. Законы о Судопроизводствѣ Гражданскомъ.
Положеніе о Взысканіяхъ Гражданскихъ.

Сергѣевичъ. Лекціи по Исторіи Русскаго Права.
1883 г.

Собраніе Государственныхъ Грамотъ и Дого-
воровъ (С. гос. гр. и дог.).

Соловьевъ. Исторія Россіи съ древнѣйшихъ
временъ. Т. I. С.-П.-Б. 1851 Т. VII. С. II. Б. 1863.

Соловьевъ. „Обзоръ событій русской исторіи
отъ кончины царя Федора Иоанновича до вступленія на
престоль дома Романовыхъ“. Статья въ Современникѣ
за 1849 годъ.

Статутъ Литовскій.

Струкговъ. О закладѣ долговыхъ требованій.
С.-Петербургъ 1890 г.

Судебные Уставы. 2-ое изд. Госуд. Канце-
ляри. С.-Пет. 1867 г.

Туганъ-Барановскій. Основанія Политиче-
ской Экономіи. С.-Петербургъ 1909 г.

Тютрюмовъ. Законы Гражданскіе съ разъясне-
ніями Правительствующаго Сената и комментаріями
русскихъ юристовъ. С.-Петербургъ 1908 г.

Удинцевъ. „Къ вопросу о залогѣ чужого иму-
щества“. Докладъ въ Кіевскомъ Юридическомъ Обще-
ствѣ 19 марта 1911 г.

Удинцевъ. Исторія Займа. Кіевъ 1908 г.

Удинцевъ. „Подписка въ вѣрѣ“. Статья въ
Сборникѣ, посвященномъ М. Ф. Владимірскому-Буда-
нову. Кіевъ 1903 г.

Уложеніе царя Алексѣя Михайловича.

Уставъ Московскаго Городскаго Кредитнаго Об-
щества.

Уставъ Одесскаго Городскаго Кредитнаго Об-
щества.

Уставъ С.-Петербургскаго Городскаго Кредит-
наго Общества.

Уставъ Кіевскаго Земельнаго Банка.

Уставъ Полтавскаго Земельнаго Банка.

Уставъ С.-Петербургско - Тульскаго Земельнаго Банка.

Уставъ Харьковскаго Земельнаго Банка.

Уставъ Херсонскаго Земскаго Банка.

Уставъ Коммерческаго страхового отъ огня общества.

Уставъ Русскаго страхового отъ огня общества.

Устряловъ. Изслѣдованіе Псковской Судной Грамоты.

Хвостовъ. Исторія римскаго права. Москва 1905 годъ.

Хитрово. Законодательные Памятники XVI и XVII столѣтія.

Филипповичъ. Основанія Политической Экономіи. С.-Петербургъ 1903 г.

Өедотовъ-Чеховскій. Акты, относящіяся до гражданской расправы древней Руси.

Цыдвинскіе Акты. Приложеніе къ книгѣ В. А. Удлинцева: „Исторія Займа“: Кіевъ 1908.

Шершеневичъ. Учебникъ русскаго гражданскаго права. Москва 1911 г.

Энгельманъ. Систематическое изложеніе гражданскихъ законовъ Псковской Судной Грамоты. 1885 г.

Яворскій. Статья въ Суд. Газетѣ за 1885 годъ № 51.

Albrecht. Die Gewere, als Grundlage des ältern deutschen Sachenrechts. Königsberg 1828.

Amira. Nordgermanisches Obligationenrecht.

Arndts. Lehrbuch der Pandecten. 11-te Aufl. 1884.

Assises de Jérusalem. Paris 1841 ss.

Bachofen. Das römische Pfändrecht. 1847.

Beaumanoir. Les Coutumes du Beauvoisis. Paris 1842.

Bekker. „Ueber Sohm's Lehre von Subpignus“. Статья въ Pözl's Kritische Vierteljahrsschr., B. VI.

Bolze. Die Sachsen vor Karl dem Grossen. Berlin 1861.

Böhm-Bawerk. „Grundzüge der Theorie des wirtschaftlichen Güterwerthes“. Статья въ Jahrbücher für Nationalökonomie. 1886.

Böhm-Bawerk. Rechte und Verhältnisse vom Standpunkte der volkswirtschaftlichen Güterlehre. 1881.

Böhm-Bawerk. Kapital und Kapitalzins. B. II.

Bouteiller. Le grand costumier général de pratique, autrement appelé Somme Rural. Paris 1537.

van der Borch. Handel und Handelspolitik. Русскій переводъ подъ заглавіемъ: „Торговля и торговая политика“. С.-Петербургъ 1902.

Bremer. Das Pfändrecht und die Pfandobjecte. 1867.

Bremer Urkundenbuch.

Brinz. Lehrbuch der Pandecten. B. I und II. 1869.

Brunner. Entstehung der Schwurgerichte.

Brunner. „Geschichte und Quellen des deutschen Rechts“. Статья въ Holtzendorfs Encyclopedie. 3-te Aufl.

Brunner. Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde.

Büchel. Civilrechtliche Erörterungen. 1847.

- Buchka. De pignore nominis. 1843.
- Budde. Статья въ Zeitschrift für das Recht. B. IX.
- Bürkel. Статья въ Münchener kritische Vierteljahrschr., B. IX.
- Calisse. Diritto di Teodosio.
- Cons. Messaniana.
- Cons. Panhormitana.
- Cons. Patti.
- Cons. Sparani.
- Coutume de Bayonne. 1514. Новѣйшее издание Paris 1724 (Nouveau Coutumier général).
- Dernburg. Pandecten. B. I. Berlin 1888.
- Dernburg. Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. B. I. 1860. B. II. 1864.
- „Der deutsche Oekonomist“. 1906.
- Diehl. Sozialwissenschaftliche Erläuterungen über Ricardo's Lehre. B. I. 1905.
- Digesta.
- Dithmarisches Landrecht v. 1567.
- Eberhard. Die Verpfändung von Forderungen. 1869.
- Ehrenberg. Die beschränkte Haftung.
- Engelmann. Die Leibeigenschaft in Russland. Dorpater 1884.
- Exner. Kritik des Pfandrechtsbegriffes. Leipzig 1873.
- Fabricius. Das älteste Stralsundische Stadtbuch.
- Förster. Theorie und Praxis des heutigen preussischen Privatrechts. 1883.
- Franken. Das französische Pfandrecht im Mittelalter. 1-te Abth. Berlin 1879.
- Friedländer. „Theorie des Werthes“. Статья въ Dorpater Universitätsprogr., 1852.
- Fustel de Coulanges. Histoire des institutions de l'ancienne France. T. II, IV et V.

- Gäupp. De nominis pignore. 1820.
- Glasson. Histoire du droit et des institutions de la France. T. VII.
- Göschel. Vorlesungen.
- Grand Coustumier du Pays et Duché de Normandie.
- Guden. Sylloge.
- Gundermann. Englisches Pivatrecht. Tübingen 1864.
- Hanauseck. Die Lehre v. uneigentlichen Niessbrauch. 1879.
- Hellwig. Die Verpfändung und Pfändung von Forderungen. 1883.
- Hennenbergisches Urkundenbuch.
- Hermann. Staatswirtschaftliche Untersuchungen. 2-te Aufl. 1870.
- Heusler. Die Gewere. 1872.
- Heusler. Institutionen d. deutschen Privatrechts. B. II. Leipzig 1886.
- Homeyer. Der Sachsenspiegel. B. II.
- Höpken. „Das Bremische Pfandrecht am liegenden Gut“. Статья въ Brem. Jahrb. VII. 1874.
- Huschke. De pignore nominis. 1820.
- Huschke. Статья въ Lindes Zeitschrift, B. 20.
- Ihering. Geist des römischen Rechts. B. II, 2-te Abth. Leipzig 1898. B. III. Leipzig 1888.
- Juristische Monatschrift für Posen, West- und Ostpreussen. B. 7.
- Keller. Pandecten.
- Kohler. Pfandrechtliche Forschungen.
- Kohler. Schakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz. Würzburg 1884.
- Laband. Die vermögensrechtliche Klagen nach den sächsischen Rechtsbüchern. Königsberg 1869.

Lamprecht. „Beiträge zur Geschichte des französischen Wirtschaftsleben im XI. Jarh.“ Статья въ Staats- und sozialwissenschaftliche Forschungen. I, 3.

Lang. Статья въ Archiv für civilistische Praxis, B. 28.

Laurent. Principes de droit civil. T. 30.

Leist. Alt-arisches jus gentium. 1889.

Leroy-Beaulieu. Traité d'économie politique.

Lette. Das landwirtschaftliche Kredit- und Hypotheken-Wesen. Berlin 1868.

Liv- und Esthländische Brieflade.

Loisel. Institutes coutumières. Liv. III.

Lotz. Revision der Grundbegriffe. B. I.

Maffei. Institutioni. Vol. III.

Magdeburger Fragen.

Mansbach. Der Niessbrauch an Forderungen. 1880.

Meibom. Das deutsche Pfandrecht. Marburg 1867.

Meibom. Mecklenburg. Hypothekenrecht.

Merkel. Статья въ Zeitschrift für Rechtsgeschichte, B. II.

Mommsen. Römische Geschichte, B. I. Berlin 1907.

Monumenta neapolitana.

Mühlenbruch. Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte. Greifswald 1836.

Muratori. Antiquitate italiani.

Neumann. Grundlagen der Volkswirtschaftslehre. 1-te Abth. Tübingen 1889.

Neuner. Privatrechtsverhältnisse. 1886.

Les Olim, ou registre des arrêts rendus par la Cour du Roi. Paris 1889 ss.

Pauli. Abhandlungen aus dem lübischen Rechte. B. IV.

Périn. La contrainte par corps.

Pertile. Storia del diritto italiano. Vol. IV. Torino 1893.

- Pfaff. Geld als Mittel pfandrechthlicher Sicherstellung. 1868.
- Platner. СТАТЬЯ ВЪ Zeitschrift für Rechtsgeschichte, B. IV.
- Puchta. Cursus der Institutionen. B. II. 1841.
- Puchta. Pandecten.
- Puchta. Vorlesungen.
- Rechtssprechung der Oberlandesgerichte.
- Regelsberger. Bayerische Hypothek. B. I.
- Roscher. Grundlagen der Nationalökonomie. Stuttgart und Berlin 1906.
- Roszhirt. СТАТЬЯ ВЪ Roszhirt's Zeitschrift, B. V.
- Rückert. Untersuchungen über das Sachenrecht der Rechtsbücher. 1860.
- Rümelin. СТАТЬЯ ВЪ Archiv für civilistische Praxis, B. 68.
- Sachsenspiegel:
- I. Sächsisches Landrecht.
- II. Sächsisches Lehnrecht.
- Schäffle. Das gesellschaftliche System. 1867.
- Schäffle. СТАТЬЯ ВЪ Tübing. Universitätschriften. 1862.
- Schlossmann. Der Vertrag.
- Schupfer. Longobardi.
- Schwäbisches Lehnrecht.
- Senffert. Commentar zur Reichs-civilprocessordnung.
- Senfferts Archiv für Entscheidungen d. obersten Gerichte. B. 59.
- Sintenis. Handbuch des gemeinen Pfandrechts. 1836
- Sintenis. Pfandrechthliche Streitfragen. 1836.
- Sohm. Die Lehre vom Subpignus. 1864.
- Sohm. СТАТЬЯ ВЪ Grünhuts Zeitschr., B. I.
- Spiegel. Die juris pignoris natura. 1869.

Stobbe. Die Gewere.

Stobbe. Handbuch d. deutschen Privatrechts. B. II,
1-te Abth. Berlin 1875.

Stöcker. „Ueber die Grundsätze d. Lehre vom Pfand-
recht an Forderungen“. СТАТЬЯ ВЪ Archiv für prakt. Rechts-
wissenschaft, B. VIII.

Stralsunder Stadtbuch.

Thon. Rechtsnorm.

Tomaschek. Der Oberhof Iglau.

Très-ancienne Coustume de Bretagne.

Trotsche. Das Verpfändungs-Recht des Pfandgläu-
bigers. 1840.

Unger. Oesterreichisches allgemeines Privatrecht.
B. I.

Urkundenbuch des Landes ob der Enns.

Urkundenbuch für Liv-, Est- und Curland.

Urkundenbuch der Stadt Halberstadt.

Urkundenbuch der Stadt Lübeck.

Urkundenbuch der Stadt Lüneburg.

Urkundenbuch der Stadt Magdeburg.

Urkundensammlung d. Schleswig—Holst. Ge-
sellschaft.

Vangerow. Lehrbuch der Pandecten. Marburg 1851.

Walras. Elements d'économie politique pure. Paris
et Lausanne. 1900.

Wendler. Geschichte Rügens. 1895.

Wieser. Der natürliche Werth. Wien. 1889.

Wieser. Ueber den Ursprung und die Hauptgesetze
des wirtschaftlichen Werths. Wien 1884.

Windscheid. Lehrbuch der Pandecten. B. I. 1880.

Zöpfl. Deutsche Rechtsgeschichte. 3-te Aufl.

Иностранная законодательства.

- Германское Гражд. Уложение.
Имперскій Уставъ Гражд. Судопроводства (герм.).
Einführungsgesetz zur B. G. B.
Einführungsgesetz zur Reichscivilprocessordnung.
Австр. Гражд. Улож.
Саксонское Гражд. Улож.
Голландское Уложение.
Code civil de France.
Code civil suisse.
Code fédéral des obligations.
Итальянское Гражд. Улож.
Французское Торговое Уложение.
Итальянское Торговое Уложение.
Бельгійскій законъ объ ипотечкахъ (1851 г.).
-

